

Strategische Prozessführung im Kontext eines hegemonialen politischen Systems

Rechtsstaatliche und politische Kosten und Chancen gerichtlich
initiierten sozialen Wandels im schweizerischen Bundesstaat

von

Prof. Dr. Johannes Reich, LL.M. (Yale) (Zürich)

Inhalt

I.	Symbolisch kommunizierte Verheißung gerichtlicher Gerechtigkeit	440
II.	Transzendierender Zugang, transformativer Anspruch	441
1.	Transzendierender Zugang: den Fall im Blick, die Strukturen im Visier	441
2.	„Transformativ“: Vertrauen in die Möglichkeit gerichtlich evozierten sozialen Wandels	442
a)	Progressives Konzept oder Relikt einer untergegangenen Welt?	442
b)	„Administrative turn“: fremdnützige Beseitigung „struktureller Ungerechtigkeit“	443
3.	„Rechte einfordern“: Gerichtsverfahren als Teil politischer Kampagnen	446
a)	Funktionelle Äquivalenz politischer und rechtlicher Mittel	446
b)	Kommunikative Einbettung und symbolische Inszenierung	447
c)	„Case selection“: Auswahl, Design und Kreation von Fällen	448
III.	Direkte Demokratie und Föderalismus als Chancen strategischer Prozessführung	450
1.	Hegemonie des politischen Systems	450
2.	Unbehaglicher Föderalismus: Bewahrung der Offenheit und Legitimität demokratischer Verfahren	451
3.	Gerichtlicher Schutz politisch unzureichend durchsetzungsfähiger Interessen	453
IV.	Rechtsstaatliche und politische Kosten strategischer Prozessführung	455
1.	„Great cases make bad law“: strategische Prozessführung als Quelle gerichtlicher Dilemmata	455
a)	Gerichte als Hüter langfristiger rechtlicher Bindungen der Politik?	455
b)	Gerichtliches Mandat als unvollständiger Vertrag	456
c)	Gerichtliches Selbstverständnis: Dilemma zwischen Vermächtnis und Politikabstinenz	457
2.	Trittbrettfahrer: Übernutzung der Allmende gerichtlicher Unabhängigkeit	459
3.	Inszenierungen auf verschiedenen Bühnen für ein unterschiedliches Publikum: politische Kosten kreativer Anwaltsarbeit	460
V.	Fazit: strategische Prozessführung als Problem kollektiven Handelns	461

I. Symbolisch kommunizierte Verheißung gerichtlicher Gerechtigkeit

Im Tympanon hoch über dem Eingang des tempelartigen Sitzes des Schweizerischen Bundesgerichts in Lausanne thront Justitia. Die Symbolik ist verheißungsvoll: Hinter den hohen Säulen des neoklassizistischen Baus, der mit seiner Monumentalität so gar nicht zum nüchternen Republikanismus des schweizerischen Bundesstaates passen will, widerfährt einem Gerechtigkeit.¹ Allein, *Formstrenge* ist das charakteristische Merkmal gerichtlicher Verfahren: Fristen müssen eingehalten, Anträge akkurat gestellt, Schriftsätze formgerecht verfasst und kostspieliger rechtlicher Beistand abgegolten werden.² Der Verein „KlimaSeniorinnen Schweiz“ machte allein für die anwaltliche Vertretung in den Verfahren vor den drei innerstaatlichen Instanzen Aufwendungen von € 330'000.–, für dasjenige gegen die Schweiz vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zusätzliche rund € 175'000.– geltend.³ Ersetzt erhielten die „KlimaSeniorinnen“ gerade einmal € 80'000.– oder rund 15 Prozent.⁴ Die Tore der Gerichte sind daher eng und die Wege zu ihnen schmal, sodass es nur wenige sind, die zu ihnen finden.⁵ Wer den schmalen Pfad zu den engen Pforten der Höfe der versprochenen Gerechtigkeit unter die Füße nimmt, tut daher gut daran, umsichtig und planvoll – also: *strategisch*⁶ – vorzugehen.

„Strategische Prozessführung“ erschöpft sich jedoch nicht in einer Versicherung gegenüber jenen finanziellen und anderweitigen Risiken, die einem kontradiktorischen Verfahren, in dem Akteure (Verfahrensparteien) der Entscheidungsgewalt eines unabhängigen Dritten (Gericht) unterworfen sind, notwendig immanent sind. Wie nachfolgend in Abschnitt II entfaltet wird, zeichnet sich „strategische Prozessführung“ vielmehr durch einen Zugang aus, der einen gezielt ausgewählten oder gar eigens kreierte Lebenssachverhalt, der dem Gericht zur rechtlichen Beurteilung vorgelegt wird, *transzediert*, um über diesen hinaus grundlegende – gemäß häufiger Selbstzuschreibung: „*transformative*“ – Veränderungen herbeizuführen. Für eine sol-

¹ Zur Emergenz des Republikanismus als neben dem Liberalismus prägende Freiheitstradition der Schweiz in der frühen Neuzeit zusammenfassend *Maissen*, Die Geburt der Republic, 2006, 574–592.

² Das Schweizerische Bundesgericht betont demgemäß, dass „im Rechtsgang prozessuale Formen unerlässlich“ seien, „um die ordnungsgemäße und rechtsgleiche Abwicklung des Verfahrens sowie die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewährleisten“ (BGE 112 Ia 305 E. 2a, 308), wenngleich diese „prozessuale *Formstrenge*“ nicht „exzessiv“ angewendet werden und nicht „zum bloßen Selbstzweck“ verkommen dürfe (BGE 148 I 271 E. 2.3, 273 f.; im Original jeweils ohne Eszett; Kursivdruck hinzugefügt). Besondere Bedeutung hat der Grundsatz der Formstrenge (bzw. die *Maxime* „*nullum iudicium sine lege*“) im Strafverfahren; vgl. EGMR *Coëme u. a. v. Belgium*, Urteil v. 22.6.2000, Nr. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 u. 33210/96, Ziff. 102 (gestützt auf Art. 6 Ziff. 2 EMRK) u. Art. 2 Abs. 2 Schweizerische Strafprozessordnung v. 5.10.2007 (SR 312.0); dazu BGE 148 IV 1 E. 3.5.1 f., 12–14.

³ EGMR (GK) *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz u. a. v. Schweiz*, Urteil v. 9.4.2024, Nr. 53600/20, Ziff. 648; zu den finanziellen Risiken der Prozessführung in der Schweiz instruktiv *Griffel*, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, 2020, IV/8, Rn. 37–43.

⁴ Vgl. EGMR *KlimaSeniorinnen* (Fn. 3), Ziff. 650.

⁵ In einzig *sprachlicher* paraphrasierender Anlehnung an Matthäus 7:14 (Zürcher Bibel): „Wie eng ist das Tor und wie schmal der Weg, der ins Leben führt, und wenige sind es, die ihn finden!“.

⁶ Zur Begriffsgeschichte von „Strategie“ als ursprünglich nur im militärischen Sinn verstandener Gesamtplanung, die Ziele und Mittel zeitlich und organisatorisch aufeinander abstimmt, einlässlich *Freedman*, *Strategy, A History*, 2013, 72–75.

che Vorgehensweise, die politische und rechtliche Instrumente für die Erreichung der gesteckten Ziele als grundsätzlich äquivalent und daher austauschbar unterstellt, bietet der schweizerische Bundesstaat auf kontraintuitive Weise gerade *wegen* seines hegemonialen politischen Systems und seiner föderalen Struktur zumindest auf sub-nationaler Ebene vielfältige Chancen (Abschnitt III). Mit entsprechenden Strategien sind indessen auch rechtsstaatliche und politische Kosten verbunden, die in erster Linie bei der Justiz, aber auch bei denjenigen Akteuren anfallen können, die Verfahren der strategischen Prozessführung initiieren (Abschnitt IV). Strategische Prozessführung präsentiert sich daher als *Problem kollektiven Handelns* (Abschnitt V).

II. Transzendierender Zugang, transformativer Anspruch

1. Transzendierender Zugang: den Fall im Blick, die Strukturen im Visier

Berechtigt, an ein Gericht zu gelangen, ist einzig, wer „ein schutzwürdiges Interesse“ am Ausgang des Verfahrens hat.⁷ Gemäß ständiger Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgericht ist diese Bedingung nur dann erfüllt, wenn das Obsiegen vor Gericht *für die betreffende Person selbst* „einen praktischen Nutzen“ bewirkt, das gerichtliche Urteil also deren „tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst“.⁸ Im Kern sind gerichtliche Verfahren vor allem im Öffentlichen Recht daher darauf gerichtet, einen quantifizierbaren Nachteil, den ein davon genuin *betroffenes Individuum* aufgrund des Unterlassens oder Handelns eines anderen, rechtlich verantwortlichen Akteurs kausal erlitten hat, zu beseitigen, abzumildern oder auszugleichen.⁹ Das zur Beschwerde berechnete Subjekt wird in den beiden authentischen Fassungen der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)¹⁰ folgerichtig als „*victime*“ (frz.) bzw. „*victim*“ (engl.) bezeichnet (vgl. Art. 34 S. 1 EMRK). Strategische Prozessführung steht mit dieser Grundstruktur des gerichtlichen Verfahrens aufgrund ihres charakteristischen transzendierenden Zugangs in einer Spannungslage. Wie sich anhand des Urteils des Schweizerischen Bundesgerichts in Sachen *Marion Vassaux* exemplarisch aufzeigen lässt,¹¹ soll ein „strategisch“ angepeiltes gerichtliches Urteil über den spezifisch gerichtlich zu beurteilenden Sachverhalt und die involvierte Partei hinausweisen. Verfahrensrechtlich wird „der Fall“ in den Blick genommen, das eigentliche Ziel, das es zu verändern gilt, bilden

⁷ Sinngemäß hinsichtlich der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht Art. 89 Abs. 1 Bst. c Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) v. 17.6.1999 (SR 173.110) und für die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht Art. 31 Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht v. 17.6.2005 (SR 173.32) i. V. m. Art. 48 Abs. 1 Bst. c Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) v. 20.12.1968 (SR 172.021).

⁸ BGE 147 I 478 E. 2.2, 480; 141 II 14 E. 4.4, 29; Kursivdruck hinzugefügt.

⁹ Reich, in: Bönemann/Tigre (Hrsg.), *The Transformation of European Climate Litigation*, 2024, 41 (45): „[T]he judicial process [serves]... to provide relief to individuals who have suffered specific, measurable, and unlawful harm at the hands of the party bearing legal responsibility for the infringement.“

¹⁰ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) v. 4.11.1950 (SR 0.101); für die Schweiz am 28.11.1974 in Kraft getreten.

¹¹ Vgl. nachstehend unter II/2/b (Haupttext zwischen den Fn. 23 u. 31).

aber die „latenten Strukturen“, die sich tatsächlich oder vermeintlich hinter eben diesem „Fall“ verbergen.¹²

2. „Transformativ“: Vertrauen in die Möglichkeit gerichtlich evozierten sozialen Wandels

a) Progressives Konzept oder Relikt einer untergegangenen Welt?

Die Konsequenzen, auf die Verfahren der strategischen Prozessführung abzielen, werden gemeinhin als „transformativ“ bezeichnet.¹³ Das inhaltlich wenig bestimmte, aber einen progressiven Optimismus verströmende Adjektiv nimmt Anleihen bei dem im Kontext des Globalen Südens popularisierten Konzept des „transformativen Konstitutionalismus“ (engl.: „transformative constitutionalism“). Jenem Konzept liegt die zuversichtliche, durch die *Critical Legal Studies* inspirierte Einschätzung zugrunde, wonach Verfassungsrecht und dessen gerichtliche Fortentwicklung jene weitreichenden Umwälzungen zu bewirken vermögen, die in einer stärker auf Gleichheit, Partizipation und demokratischer Teilhabe basierenden Gesellschaft münden.¹⁴ Mit gerichtlichen Verfahren soll also durchgesetzt werden, was in der Soziologie als „sozialer Wandel“ bezeichnet wird: die „prozessuale Veränderung der Sozialstruktur einer Gesellschaft in ihren grundlegenden Institutionen, Kulturmustern, zugehörigen sozialen Handlungen und Bewusstseinsinhalten (. . .)“.¹⁵ Ebensolcher sozialer Wandel lässt sich jedoch nur herbeiführen, wenn aus Anlass des gerichtlich zu beurteilenden Einzelfalls im Sinn eines transzendierenden Zugangs auf tieferliegende gesellschaftliche Strukturen¹⁶ zugegriffen werden kann.¹⁷ Der transzendierende Zugang und der transformative Anspruch strategischer Prozessführung *ergänzen und bedingen sich daher gegenseitig*.

¹² Zu dieser perspektivischen und methodologischen Differenz vgl. Luhmann, Zeitschrift für Soziologie 1993, 245 (249, 258).

¹³ Statt aller Newell/Srivastava/Naess/Torres Contreras/Price, Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change 2021, e733 1, 7f., (die darunter vor allem einen holistischen, Fragen der sozialen Gerechtigkeit berücksichtigenden Zugang zu verstehen scheinen).

¹⁴ Locus classicus Klare, South African Journal on Human Rights 1998, 146 (150, 156–158); daran anschließend (jedoch explizit ohne Bezüge zu den *Critical Legal Studies*) von Bogdandy/Uruña, American Journal of International Law 2020, 403 (405) („Transformative constitutionalism describes the practice of interpreting and applying constitutional norms in a way that seeks to promote deep social change.”); Hailbronner, American Journal of Comparative Law 2017, 527 (531–541); krit. Venter, South African Journal on Human Rights 2018, 143 (164) (wonach „transformativer Konstitutionalismus“ als ideologisches Konzept ein nahezu unbegrenztes Missbrauchspotenzial aufweise, insbesondere in einer zutiefst konfliktreichen Gesellschaft wie der südafrikanischen).

¹⁵ Zapf, in: Kopp/Steinbach (Hrsg.), Grundbegriffe der Soziologie, 13. Aufl., 2024, 563 (563); zum sinngemäßen Anspruch des Projekts „We claim“, „gesellschaftliche Veränderungen“ herbeizuführen, vgl. unter II/2/b (Haupttext zwischen Fn. 23).

¹⁶ Eingehend dazu vorne unter I/1.

¹⁷ Unmissverständlich von Bogdandy/Uruña (Fn. 14), 405: „We understand transformative constitutionalism as an approach to legal interpretation that considers the effective transformation of deeply entrenched structures toward a more egalitarian or democratic society one of the paramount goals of interpretative practice.”

Die hoffnungsvolle Erwartung, wonach Gerichte grundlegende gesellschaftliche Umwälzungen hin zu mehr demokratischer Teilhabe und gesellschaftlicher Gleichheit herbeizuführen vermögen, hat sich im verfassungsvergleichenden Diskurs während rund eines halben Jahrhunderts an der „revolutionären“ verfassungsrechtlichen Erneuerung¹⁸ genährt, die der *United States Supreme Court* unter der Ägide von Chief Justice Earl Warren ab den frühen 1950er-Jahren binnen weniger als zwei Jahrzehnten zu verwirklichen vermochte.¹⁹ Um die Jahrtausendwende ist dieses Vertrauen zunächst in den Rechtswissenschaften²⁰ und seit der in den Folgejahren einsetzenden gerichtlichen „Konterrevolution“²¹ des nunmehr konservativ dominierten *United States Supreme Court* auch in einer breiteren Öffentlichkeit grundlegend erschüttert worden.²² Aus diesem Blickwinkel betrachtet, atmet die Konzeption, durch strategische Prozessführung sozialen Wandel herbeizuführen, den Geist einer untergegangenen Welt des Verfassungsrechts. Demgegenüber kann sich strategische Prozessführung aus der Perspektive einer sich am Globalen Süden orientierenden Wissenschaft vom vergleichenden Verfassungsrecht als progressives Konzept ausnehmen. Optimismus und Skepsis gegenüber der Möglichkeit und Legitimität transformativen Richterrechts sind daher maßgeblich von der eingenommenen Perspektive abhängig.

b) „Administrative turn“: fremdnützige Beseitigung „struktureller Ungerechtigkeit“

Ein ungebrochenes Vertrauen in das transformative Potenzial gerichtlicher Entscheidungen verströmen die Verlautbarungen des Fonds für strategische Prozessführung „*We claim*“ des Dachverbands der schweizerischen Behindertenorganisationen. In-

¹⁸ Fiss, *Yale Law Journal* 1991, 1117 (1119): „(. . .) [A] program of constitutional reform almost revolutionary in its aspiration and, now and then, in its achievements. (. . .).“

¹⁹ Zu den einschlägigen Leitentscheidungen des „Warren Court“ zählen u.a. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) und *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954) (Verfassungswidrigkeit von nach Ethnien getrennten Schulen); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) (Anerkennung eines „im Halbschatten der Verfassung“ angesiedelten Rechts auf Privatheit); *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958) (Verlust der Staatsangehörigkeit als Bestrafung als verfassungswidrig anerkannt); *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962) (Wahlkreiseinteilung als justiziable Frage); *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964) (wonach Wahlkreise nach dem Grundsatz „one man one vote“ einzuteilen sind und ungefähr die gleiche Größe aufweisen müssen); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (Aufklärungspflicht gegenüber Angeschuldigten über deren strafprozessuale Rechte) oder *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) (zur Medienfreiheit).

²⁰ Repräsentativ etwa *Tushnet*, *Talking the Constitution Away from the Courts*, 1999, 177–194; *Kramer*, *The People Themselves*, 2004, 207–226; *Waldron*, *Yale Law Journal* 2005, 1346 ff.

²¹ *Reich*, *JöR* 2017, 713 (739); als Indikatoren dieser „Konterrevolution“ in chronologischer Reihenfolge statt anderer *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010) (wonach eine Beschränkung für Spenden gewinnorientierter Unternehmen, gemeinnütziger und anderer Organisationen für politische Kampagnen verfassungswidrig ist); *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013) (demgemäß Teile des Voting Rights Act von 1965 verfassungswidrig sind); *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022) (wonach die U.S.-amerikanische Verfassung kein Recht auf Schwangerschaftsabbruch enthält); *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, 603 U.S. 369 (2024) (laut der die haltbare Auslegung unklarer Rechtssätze durch eine zuständige Verwaltungsbehörde für überprüfende Gerichte nicht mehr bindend ist) oder *Trump v. United States*, 603 U.S. 593 (2024) (wonach der Präsident weitgehende Immunität vor Strafverfolgung genießt).

²² Vgl. *Gibson*, *American Journal of Political Science* 2024, 1041 (1053 f.); *ders.*, *American Political Science Review* 2025, 500 (505 f.); *Hasen*, *Annual Review of Political Science* 2019, 261 (271 f.).

dem sich das Projekt „eine inklusive Gesellschaft“ und „gesellschaftliche Veränderungen“ auf die Fahnen geschrieben hat,²³ verfolgt es den Anspruch, gerichtlich sozialen Wandel zu initiieren. Unterstützt, organisiert und finanziert der Fonds daher etwa die Gerichtsverfahren, mit denen die Universität Bern dazu verpflichtet werden sollte, der an Dyslexie leidenden *Marion Vassaux* für den schweizweit standardisierten „Eignungstest für das Medizinstudium“ im Sinn einer kompensatorischen Maßnahme („Nachteilsausgleich“) ein Drittel mehr Zeit einzuräumen,²⁴ ist es angesichts der über die Klägerin hinausweisenden Bedeutung des Verfahrens unerheblich, wenn sich unmittelbar nach der Gutheißung der Beschwerde durch das schweizerische Höchstgericht²⁵ herausstellt, dass das ursprünglich angestrebte Studium der Veterinärmedizin für *Marion Vassaux* „kein Thema“ mehr ist.²⁶ Gleiches gilt für die Tatsache, dass *Marion Vassaux* zum Urteilszeitpunkt längst einen anderen Studiengang an einer anderen Universität absolviert²⁷ und ihr am neuen Studienort nur hinsichtlich einer von drei absolvierten Prüfungen ein Nachteilsausgleich eingeräumt worden ist.²⁸ All diese Faktoren mögen die Initiierung eines Verfahrens, in dem ein Individuum ihr subjektives, verfassungsrechtlich garantiertes Recht, „wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung“ nicht diskriminiert zu werden (Art. 8 Abs. 2 BV²⁹), als verletzt rügt, in den Augen Dritter möglicherweise diskreditieren.³⁰ Im Einklang mit dem transzendierenden Zugang strategischer Prozessführung und ganz im Sinn der transformativen Wirkungen, auf die solches Vorgehen abzielt, stand für *Marion Vassaux* in ihren eigenen Worten weitaus Grundsätzlicheres auf dem Spiel: Eine „Ungerechtigkeit“ sollte beseitigt werden.³¹

In noch deutlicherem Licht lässt die Beschwerde des Vereins „KlimaSeniorinnen Schweiz“ gegen die Schweiz Konsequenzen eines transformativen Anspruchs erscheinen. Auf der Grundlage des Urteils des EGMR lässt sich der Prozess pointiert als „Verfahren ohne ‚Opfer‘“ bezeichnen:³² Der EGMR erkannte keiner derjenigen

²³ Vgl. die Webseite des Fonds „*We claim*“ von „*Inclusion Handicap*“, <https://www.we-claim.ch/> (17.2.2025).

²⁴ Zu solchen „Ausgleichsmaßnahmen“ einlässlich BGE 147 I 73 E. 6, 81–88.

²⁵ Urteil des Bundesgerichts [BGer] 2C_299/2023 v. 7.5.2024.

²⁶ Zit. nach *Schuler*, Tages-Anzeiger v. 8.5.2024, 4.

²⁷ *Schweizer Radio und Fernsehen SRF*, Magazin „10 vor 10“ v. 6.5.2024, <https://www.srf.ch/news/schweiz/lese-und-rechtschreibstoerung-numerus-clausus-eine-zu-hohe-huerde-fuer-studierende-mit-dyslexie> (17.2.2025), 1:00–1:05; *Schuler* (Fn. 26), 4; *Wahli Di Matteo*, 24heures v. 8.5.2024, 7.

²⁸ *Wahli Di Matteo* (Fn. 27), 7 (wonach *Marion Vassaux* an der Universität Genf biomedizinische Wissenschaften studiere, sich aktuell mitten in der Prüfungsperiode befinde und nur für eine von drei absolvierten Prüfungen einen Nachteilsausgleich erhalten habe). – Die Webseite des Fonds listet das Verfahren unter dem Titel „Unsere Fälle“ auf; vgl. <https://www.we-claim.ch/faelle?filter=Education> (17.2.2025).

²⁹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft v. 18.4.1999 (SR 101).

³⁰ Vgl. *Wahli Di Matteo* (Fn. 27), 7 (den unterbliebenen Nachteilsausgleich als „pikante Tatsache“ – im franz. Original: „[f]ait piquant“ – bezeichnend).

³¹ Zit. nach *SRF*, „10 vor 10“ v. 6.5.2024 (Fn. 27), 2:54–3:09 (im frz. Original „injustice“).

³² Vgl. auch Votum Ständerat *Rieder*, in: Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (Ständerat), Sitzung v. 5.6.2024 betr. Geschäfts-Nr. 24.053: Erklärung des Ständerates. Urteil des EGMR „Verein KlimaSeniorinnen Schweiz u. a. versus Schweiz“, AB 2024 S 466, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=64711> (17.2.2025), wonach EGMR *KlimaSeniorinnen* (Fn. 3) „eine Menschenrechtsverletzung ohne Opfer kreiert“ habe; vgl. aber EGMR *Cannavacciuolo u. a. v. Italien*, Urteil vom 30.1.2025, Nr. 51567/14, Ziff. 220 f. (Beschrän-

natürlichen Personen, die im Prozess als Beschwerdeführerinnen auftraten, den Status als „Opfer“ i. S. v. Art. 34 S. 1 EMRK zu.³³ Die individuellen Beschwerdeführerinnen hatten vorgebracht, die aus ihrer Sicht ungenügenden Maßnahmen zur Minderung von Kohlendioxid (CO₂)- und anderen Treibhausgas-Emissionen auf dem Staatsgebiet der Schweiz bildeten eine Verletzung der aus dem Recht auf Privat- und Familienleben (Art. 8 EMRK) fließenden staatlichen Schutzpflichten, da die infolge der anthropogenen Klimaveränderung häufigeren und extremeren Hitzewellen ihre Gesundheit beeinträchtigten.³⁴ Hinsichtlich dieser nachteiligen Auswirkungen auf die physische Integrität wird die Guttheißung der Beschwerde durch den EGMR allein aufgrund klimaphysikalischer Zusammenhänge die „tatsächliche oder rechtliche Situation“ der Beschwerdeführerinnen nicht unmittelbar beeinflussen und in diesem Sinn keinen „praktischen Nutzen“ für diese selbst stiften können.³⁵ Zwar gehört die Schweiz unter Berücksichtigung der Emissionen, die im Ausland mit der Herstellung importierter Waren verbunden sind, zu den weltweit höchsten Pro-Kopf-Emittenten von CO₂,³⁶ doch wirken sich unilaterale Emissionsminderungen selbst *ceteris paribus* aufgrund eines Anteils von 0,09 Prozent des auf dem Staatsgebiet der Schweiz emittierten weltweiten CO₂-Ausstoßes³⁷ nicht signifikant und zeitlich ohnehin um rund zehn Jahre verzögert auf die relevante lokale Temperatur aus.³⁸ Ähnlich wie *Marion Vassaux* haben die „KlimaSeniorinnen“ ihr Verfahren daher rein *fremdnützig* zu Gunsten von Generationen, die nach ihnen geboren wurden und werden,³⁹ in der Erwartung auf gerichtlich angestoßene grundlegende politische Veränderungen geführt.

Der transzendierende Zugang und der transformative Anspruch markieren damit einen „*administrative turn*“.⁴⁰ Die strategische Prozessführung bewirkt eine Konvergenz formstrenger gerichtlicher Verfahren und formloser verwaltungsverfahrensrechtlicher Rechtsbehelfe, die als „Fachaufsichtsbeschwerden“, „Gegenvorstellung“ oder „Aufsichtsbeschwerden“ bekannt sind. Gemeinsam ist diesen Rechtsbehelfen,

kung der entsprechenden Rechtsprechung zu Art. 34 EMRK auf Fragen des anthropogenen Klimawandels).

³³ Vgl. EGMR *KlimaSeniorinnen* (Fn. 3), Ziff. 535, 624f.

³⁴ Vgl. insbesondere EGMR *KlimaSeniorinnen* (Fn. 3), Ziff. 10–20, 74, 308, 316–318.

³⁵ Zur entsprechenden Umschreibung des Beschwerderechts im innerstaatlichen Kontext vgl. vorne unter II/1 (Haupttext zu den Fn. 7–9).

³⁶ Bundesrat, Umwelt Schweiz 2022, 2022, 73.

³⁷ Angaben für das Jahr 2023 gemäß *Ritchie/Roser*, Our World in Data, <https://ourworldindata.org/grapher/annual-share-of-co2-emissions?country=~CHE> (17.2.2025).

³⁸ Eingehender zum Zusammenwirken klimaphysikalischer und rechtlicher Faktoren die Besprechung der letztinstanzlichen innerstaatlichen Entscheidung des Bundesgerichts in Sachen „Verein KlimaSeniorinnen Schweiz“ durch *Reich*, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 2020, 489 (498–503).

³⁹ Die Sichtweise, wonach der Verein „KlimaSeniorinnen Schweiz“ *im verfahrensrechtlichen Sinn* die Rechte zukünftiger Generationen vertreten und das Beschwerderecht aus diesem Grund zuerkannt erhalten habe – sinngemäß *Letsas*, European Convention on Human Rights Law Review 2024, 444 (451–453) – ist mit der Urteilsbegründung selbst nicht widerspruchlos in Übereinstimmung zu bringen; vgl. EGMR *KlimaSeniorinnen* (Fn. 3), Ziff. 420: “(…) [T]he legal obligations arising for States under the Convention extend to *those individuals currently alive* who, at a given time, fall within the jurisdiction of a given Contracting Party (…).”; Kursivdruck hinzugefügt.

⁴⁰ *Reich* (Fn. 9), 47 in Anlehnung an die durch *Rorty* (Hrsg.), *The Linguistic Turn: Essays in Philosophical Method*, 2. Aufl., 1992, popularisierte Wendung „*linguistic turn*“.

dass sie Private in die Lage versetzen, ein bestimmtes Handeln oder Unterlassen der Verwaltung als rechtswidrig zu rügen, ohne dafür eine spezifische Betroffenheit oder die Verletzung subjektiver Rechte nachweisen zu müssen.⁴¹

3. „Rechte einfordern“: Gerichtsverfahren als Teil politischer Kampagnen

a) Funktionelle Äquivalenz politischer und rechtlicher Mittel

Angesichts des transzendierenden Zugangs und des transformativen Anspruchs strategischen Prozessführung mutieren gerichtliche Verfahren zudem von Prozessen, die einen individuellen und rechtswidrig erlittenen Nachteil zu beseitigen suchen, zu *kollektiven* Unterfangen. Entgegen der sprachlichen Struktur der Wendung „strategische Prozessführung“, in der das Adjektiv („strategisch“) die Eigenschaften des Substantivs („Prozessführung“) beschreibt, handelt es sich bei entsprechenden Gerichtsverfahren nicht bloß um Prozesse, die durch eine Strategie angeleitet sind. Eine solche empfiehlt sich angesichts der Risiken, die sämtlichen komplexeren Gerichtsverfahren inhärent sind, ohnehin.⁴² Vielmehr ist das durch eine Partei angestoßene gerichtliche Verfahren zwar seinerseits planmäßig angeleitet (Prozessstrategie), zusätzlich aber in eine den spezifischen Gerichtsprozess *übergreifende Strategie* (Gesamtstrategie) *eingebettet*.⁴³ Eine solche Gesamtstrategie ist auch darauf gerichtet, finanzielle, ideelle und organisatorische Unterstützung für die verfolgten Zielsetzungen zu mobilisieren. Wird „Politik“ als Mobilisierung von Unterstützung definiert,⁴⁴ kommt dieser übergeordneten Strategie ein genuin *politischer* Charakter zu. Angesichts ihrer übergeordneten Programmatik bildet strategische Prozessführung für Einzelpersonen, Organisationen und insbesondere für Akteure sozialer Bewegungen nur *ein* Mittel neben anderen, um die anvisierten Ziele zu erreichen. In der Schweiz bieten der föderalistische Staatsaufbau, die starke Fragmentierung politischer Macht und die Instrumente der direkten Demokratie eine Vielzahl von Eintrittspforten in das politische System.⁴⁵

Repräsentativ für diese weitgehende *funktionelle Äquivalenz rechtlicher und politischer Mittel* ist wiederum das Verfahren der „KlimaSeniorinnen“. Es war die Stiftung „Greenpeace Schweiz“, welche die Gründung des Vereins „KlimaSeniorinnen

⁴¹ Für die Aufsichtsbeschwerde im schweizerischen Bundesverwaltungsrecht vgl. Art. 71 VwVG (Fn. 7); zur Gegenvorstellung und zur Fachaufsichtsbeschwerde siehe statt anderer *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, 8. Aufl., 2023, § 100 Rn. 41 u. 43.

⁴² Vgl. dazu vorne unter I.

⁴³ Sinngemäß wohl auch *Duffy*, Strategic Human Rights Litigation, 2018, 236–239 (wonach zunächst eine übergreifende, von den einzelnen Verfahren abstrahierende Strategie festzulegen ist).

⁴⁴ *Weber*, Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland, in: Mommsen (Hrsg.), *Max Weber Gesamtausgabe* Abt. I/Bd. 15, 1984, 482: „[D]as Wesen aller Politik ist (...): *Kampf, Werbung von Bundesgenossen und von freiwilliger Gefolgschaft* (...).“ Kursivdruck im Original.

⁴⁵ Allgemein zu dieser für soziale Bewegungen günstigen institutionelle Offenheit *Kriesi*, in: *Jenking/Klanderman* (Hrsg.), *The Politics of Social Protest: Comparative Perspectives on States and Social Movements*, 1995, 167 (176); *Giugni*, in: *Emmenegger/Fossati/Häusermann/Papadopoulos/Sciariini/Vatter* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Swiss Politics*, 2023, 355 (359 m. w. N.).

Schweiz⁴⁶ initiiert und deren gerichtliche Verfahren organisiert und in erheblichem Umfang finanziert hat.⁴⁷ Neben diesen rechtlichen Mitteln nutzte die Organisation aber auch die Instrumente der direkten Demokratie, indem sie sich etwa an der Ausarbeitung und Lancierung der eidgenössischen Volksinitiative „Für ein gesundes Klima (Gletscher-Initiative)“⁴⁸ beteiligte.⁴⁹ Die Volksinitiative mündete im Erlass des Bundesgesetzes über die Ziele im Klimaschutz, die Innovation und die Stärkung der Energiesicherheit.⁵⁰ Auch „Inclusion Handicap“, der Dachverband der schweizerischen Behindertenorganisationen, unterhält nicht nur einen Fonds für strategische Prozessführung, sondern bediente sich mit der erfolgreichen Lancierung der eidgenössischen Volksinitiative „Für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Inklusions-Initiative)“⁵¹ der Instrumente der direkten Demokratie.⁵² Implizit anerkannte selbst das Bundesgericht die weitgehende funktionelle Äquivalenz und damit die grundsätzliche Austauschbarkeit rechtlicher und politischer Mittel: In seiner Urteilsbegründung wies das Gericht die Mitglieder des Vereins „KlimaSeniorinnen Schweiz“ auf „das Recht auf Ergreifung einer Volksinitiative zur Total- oder Teilrevision der Bundesverfassung“ hin, um die mit ihrer Beschwerde verfolgten Ziele zu erreichen.⁵²

b) Kommunikative Einbettung und symbolische Inszenierung

In der Tradition des *Civil Rights Movement* der 1950er- und 1960er-Jahre in den Vereinigten Staaten geben Akteure, die Verfahren der strategischen Prozessführung vorantreiben, verbreitet vor, die geltend gemachten Rechtsansprüche seien rechtsnor-

⁴⁶ Vgl. das Protokoll der Gründungsversammlung des Vereins „KlimaSeniorinnen Schweiz“ v. 23.8.2016 in Bern unter https://klimasenioren.ch/wp-content/uploads/2016/08/2016_Gru%CC%88ndungsprotokoll_v2-1.pdf (17.2.2025).

⁴⁷ Explizit *Bähr/Brunner/Casper/Lustig*, *Journal of Human Rights and the Environment* 2018, 194 (201, 214f.) (wonach die ersten beiden Autorinnen des Beitrags von *Greenpeace Schweiz* beauftragt worden seien, die Chancen eines entsprechenden Verfahrens zu prüfen, und sich dabei herausgestellt habe, dass ältere Frauen – als Individuen oder als Vereinigung – die größten Chancen hätten, von Gerichten das Beschwerderecht zuerkannt zu erhalten); vgl. auch die Webseite von *Greenpeace Schweiz* unter dem Titel „Greenpeace macht's möglich“, <https://www.greenpeace.ch/de/erkunden/klima/klimagerechtigkeit/> (17.2.2025): „Greenpeace hat das Projekt der KlimaSeniorinnen initiiert und mitgeholfen aufzubauen. Weiterhin sind wir in engem Austausch und garantieren für die Finanzen der Schweizer Klimaklage.“ – In den Medien wurden die „KlimaSeniorinnen“ daher als „Trojanerinnen von Greenpeace“, die ein „Casting“ hätten durchlaufen müssen, gebrandmarkt (vgl. *Koch*, *NZZ* am Sonntag, 17.7.2022, 42f.), was angesichts der transparenten Kommunikation kaum überzeugt.

⁴⁸ Die Volksinitiative kam zustande (BBl 2019 8550), wurde aber zugunsten eines indirekten Genenvorschlags – dem KIG (Fn. 50) – bedingt zurückgezogen (vgl. BBl 2023 2152). Das KIG wurde in der Referendumsabstimmung vom 18.6.2023 gutgeheißen (BBl 2023 2015).

⁴⁹ Vgl. *Klingler*, *Klimaschutzgesetz: was lange währt, wird endlich gut* (18.6.2023), <https://www.greenpeace.ch/de/story/99157/klimaschutzgesetz-was-lange-waehrt-wird-endlich-gut/> (17.2.2025).

⁵⁰ Bundesgesetz über die Ziele im Klimaschutz, die Innovation und die Stärkung der Energiesicherheit (KIG) v. 30.9.2022 (SR 814.310).

⁵¹ Vgl. die eidgenössische Volksinitiative „Für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Inklusions-Initiative)“, die gültig zustande gekommen ist (vgl. BBl 2024 2637) und deren Initiativkomitee die Anschrift von „Inclusion Handicap“ „c/o“ angibt (vgl. BBl 2023 1041).

⁵² BGE 146 I 145 E. 4.6, 150.

mativ ausgewiesen, harrten aber ihrer effektiven Einlösung.⁵³ Der Wahlspruch „Rechte einfordern“ des Fonds für strategische Prozessführung des Dachverbands der schweizerischen Behindertenorganisationen⁵⁴ bringt diese Kommunikationsstrategie sprachlich prägnant auf den Punkt. Ihre Fortsetzung findet sie in der Inszenierung von gerichtlichen Verfahren der strategischen Prozessführung als *Kampagnen*.⁵⁵ Während der mündlichen, für die Öffentlichkeit zugänglichen Urteilsberatung des Bundesgerichts (vgl. Art. 58 und Art. 59 Abs. 1 BGG⁵⁶)⁵⁷ im Verfahren *Marion Vassaux* gegen die Universität Bern waren etwa einhundert Mitglieder der Behindertenorganisationen im Großen Gerichtssaal in Lausanne⁵⁸ anwesend.⁵⁹ Auf den Zuschauerrängen machte sich hörbar Erleichterung breit,⁶⁰ als das Höchstgericht nach hitzig und kontrovers geführter Diskussion des mit dem Fall befassten Spruchkörpers⁶¹ mit drei gegen zwei Stimmen⁶² zugunsten von *Marion Vassaux* entschied.⁶³ Die „Klima-Seniorinnen“ wiederum inszenierten ihre Beschwerde gegen die Schweiz in Straßburg als „*Happening*“, mit je einem „*Cheering*“ vor und nach der mündlichen Verhandlung des EGMR und einer „*Aftershow*“ mit Diskussions-, Bastel- und Singgelegenheiten am Abend.⁶⁴ Mediale Aufmerksamkeit ist den politischen Zielsetzungen, die mit dem Gerichtsverfahren verfolgt werden, daher gewiss – unabhängig von dessen Ausgang.

c) „Case selection“: Auswahl, Design und Kreation von Fällen

In der juristischen Entscheidungsfindung wird der Sachverhalt trotz des Umstandes, dass über streitige und rechtserhebliche Tatsachen in Verfahren der Rechtsanwendung Beweis zu erheben ist,⁶⁵ als *vorgefunden* angenommen. Diese Konzeption des

⁵³ In diesem Sinn rekurrierte *Martin Luther King Jr.* wiederholt auf die Gewährleistungen der U.S.-amerikanischen Verfassung, die der effektiven Verwirklichung harrten; vgl. *Reich* (Fn. 21), 719f. (mit verschiedenen Zitaten aus dessen Reden).

⁵⁴ „Rechte einfordern, Inklusion bewirken“; Webseite des Fonds „*We claim*“ von „*Inclusion Handicap*“, <https://www.we-claim.ch/> (17.2.2025).

⁵⁵ Im Resultat ähnlich *Graser*, in: ders./Helmrich (Hrsg.), *Strategic Litigation*, 2019, 37 (37) (wonach es sich bei strategischer Prozessführung um „inszenierte Narrative normativen Protests“ handle).

⁵⁶ Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) v. 17.6.1999 (SR 173.110).

⁵⁷ BGER 2C_299/2023 (Fn. 25) Sachverhaltsdarstellung C (Sitzung v. 7.5.2024).

⁵⁸ Vgl. die entsprechenden Ansichten unter „Virtueller Rundgang Lausanne“ (2. Etage/Großer Saal) auf <https://www.bger.ch/index/contact/contact-inherit-template/contact-federal-besuch/contact-federal-virtual-tour.htm> (25.1.2025).

⁵⁹ *Schmid*, Republik v. 22.5.2024, www.republik.ch/2024/05/22/am-gericht-unter-zeitdruck (17.2.2025).

⁶⁰ Vgl. *Schmid* (Fn. 59) (wonach nach dem Meinungswechsel eines Mitglieds des Spruchkörpers „[g]roßes Aufatmen in den Zuschauerrängen“ zu vernehmen gewesen sei; im Original ohne Eszett).

⁶¹ Vgl. *Wahli Di Matteo* (Fn. 27), 7 („*Débat houleux*“) u. *Reinhard*, *Le Temps* v. 8.5.2024, 7 („*La présidente [Bundesrichterin Florence Aubry Girardin] a exprimé son agacement et sa déception face aux arguments des juges opposés au recours, soufflant et hochant de la tête en signe de désaccord.*“).

⁶² Zum Stimmenverhältnis statt anderer *Schuler* (Fn. 26), 4.

⁶³ Vgl. BGER 2C_299/2023 (Fn. 25) Sachverhaltsdarstellung C a. E.

⁶⁴ *Troxler*, *Neue Zürcher Zeitung* v. 28.3.2023, 9.

⁶⁵ In diesem Sinn lakonisch Art. 150 Abs. 1 Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) v. 19.12.2008 (SR 272): „Gegenstand des Beweises sind rechtserhebliche, streitige Tatsachen.“

Falls als Datum findet in der klassischen Operation der Rechtsanwendung – dem juristischen Syllogismus (Justiz-Syllogismus) – besonders deutlich Ausdruck: Unter das Sollen (rechtsnormative Regel) als erste Prämisse wird das vorgefundene Sein (Sachverhalt) als zweite Prämisse subsumiert, woraus in logischer Deduktion auf eine Rechtsfolge geschlossen wird.⁶⁶ In Verfahren der strategischen Prozessführung ist die Reihenfolge zwischen Sachverhalt und rechtlicher Beurteilung verbreitet *vertauscht*: Mit dem Ziel, einen zuerst identifizierten spezifischen Rechtszustand durch ein gerichtliches Urteil zu verändern, werden anschließend Fälle und Personen ausfindig gemacht und ausgewählt oder recht eigentlich kreiert. In der Tradition des amerikanischen Rechtsrealismus, gemäß dem der Sachverhalt für den Verfahrensausgang regelmäßig bedeutsamer ist als das maßgebende materielle Recht,⁶⁷ zählt diese „*case selection*“ neben der Festlegung einer für das Verfahren günstigen Rechts- und Verfahrensordnung (engl.: *strategic use of fora*) zum festen Bestandteil strategischer Prozessführung.⁶⁸

Exemplarisch für dieses Vorgehen ist das „Design“ des Verfahrens des Vereins „KlimaSeniorinnen Schweiz“.⁶⁹ Im Auftrag von *Greenpeace Schweiz* evaluierten zwei der späteren Rechtsvertreterinnen des Vereins rechtliche Strategien, die Schweizer Regierung – den Bundesrat – und die Bundesverwaltung nach dem Vorbild der erstinstanzlichen niederländischen „*Urgenda*“-Entscheidung vom 24. Juni 2015⁷⁰ gerichtlich zu verpflichten, eine ambitioniertere Klimapolitik zu verfolgen.⁷¹ Die beauftragten Rechtsanwältinnen identifizierten die relativ zur Gesamtbevölkerung erhöhte Übersterblichkeit älterer Frauen während Hitzewellen, die als kausale Folge des anthropogenen Klimawandels häufiger und in größerer Intensität auftreten, als aussichtsreiche Möglichkeit, die Hürde des Beschwerderechts unter Berufung auf menschenrechtliche Ansprüche zu überwinden.⁷² Die Gründung des Vereins „KlimaSeniorinnen Schweiz“ erfolgte als Konsequenz dieser juristischen Abklärungen am 26. August 2016 im Hinblick auf das angestrebte Verfahren, das formal am 25. November 2016 mit einer Eingabe an die für Klimapolitik zuständige Einheit der Bundesverwaltung seinen Anfang nahm.⁷³ Zum Zweck der strategischen Prozessfüh-

⁶⁶ Zur Struktur des Justiz-Syllogismus statt anderer Joerden, in: Hilgendorf/Joerden (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, 2017, 231 (232 m. w. N.).

⁶⁷ Statt anderer Llewellyn, *The Bramble Bush*, 1930, 33; Oliphant, *American Bar Association Journal* 1928, 71 (75).

⁶⁸ Vgl. Duffly (Fn. 43), 235–256 m. w. N.

⁶⁹ Vgl. EGMR *KlimaSeniorinnen* (Fn. 3).

⁷⁰ Rechtbank Den Haag [Bezirksgericht Den Haag], *Stichting Urgenda v. Staat der Nederlande (Ministerium für Wirtschaft und Klimapolitik)*, No. ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, v. 24.6.2015, <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7145> (17.2.2025).

⁷¹ Transparent und explizit in diesem Sinn Bähr/Brunner/Casper/Lustig (Fn. 47), 201: „Following the successful Urgenda verdict, Greenpeace Switzerland requested two of the authors of this article [Corde-*lia Christiane Bähr, Ursula Brunner*] to advise whether it would be possible to bring a similar case challenging Switzerland’s inadequate climate legislation and policy, and, if not, whether alternative legal options existed.“

⁷² In diesem Sinn Bähr/Brunner/Casper/Lustig (Fn. 47), 202, 214f.

⁷³ Besonders deutlich Protokoll Gründungsversammlung „KlimaSeniorinnen“ (Fn. 46), 1 (wonach eine der späteren Rechtsvertreterinnen des Vereins darauf hingewiesen habe, „dass mit der Vereinsk-*lage* auch Einzelklagen eingereicht werden sollen, um die bestmögliche Legitimation zu erreichen“, weshalb der Verein auf der Suche nach „Frauen mit Alter über 75 Jahre“ sei, „die eventuell auch beson-

nung bietet ein Verein nach Schweizerischem Zivilgesetzbuch (ZGB)⁷⁴ erhebliche Vorteile: Er ist Ausdruck der kollektiven Dimension strategischer Prozessführung,⁷⁵ ist als juristische Person rechts- und handlungsfähig und damit partei- und prozessfähig,⁷⁶ die Haftung der Mitglieder für Verbindlichkeiten des Vereins ist grundsätzlich ausgeschlossen⁷⁷ und für seine Errichtung ist lediglich erforderlich, dass zwei oder mehr natürliche oder juristische Personen der Gründung zustimmen und eine schriftliche Satzung (Statuten) beschließen, die über den „Zweck des Vereins, seine Mittel und seine Organisation Aufschluss geben“.⁷⁸

Vor diesem Hintergrund lässt sich anhand des Verfahrens des Vereins „KlimaSeni-orinnen Schweiz“ beispielhaft aufzeigen, dass im Rahmen der strategischen Prozessführung Fälle nicht einfach präexistent „vorgefunden“ werden. Im Gegenteil: Im Einklang mit der übergreifenden Programmatik der betreffenden Organisation werden diese abgestimmt auf die relevante Verfahrensordnung *ausgewählt*, kommunikat-iv eingebettet (oder: „*designt*“) oder recht eigentlich *kreiert*.

III. Direkte Demokratie und Föderalismus als Chancen strategischer Prozessführung

1. Hegemonie des politischen Systems

In seinen 1835 veröffentlichten Beobachtungen über die Demokratie in Amerika notierte *Alexis de Tocqueville*, dass das öffentliche Leben in den Vereinigten Staaten von einem „*esprit légiste*“ geprägt sei, der „die gesamte Gesellschaft“ durchdringe.⁷⁹ Die juristische Fachsprache sei „zur Alltagssprache“ geworden⁸⁰ und es gebe kaum eine politische Frage, die sich nicht früher oder später in eine rechtliche verwandle, die gerichtlich zu entscheiden sei.⁸¹ Im politischen System der Schweiz verhält es sich oft gegenteilig: rechtliche Fragen mutieren verbreitet zu *politischen*, die *direkt-demokratisch* beantwortet werden.⁸² *Fritz Fleiner* wies schon vor rund einem Jahrhundert auf das vermeintliche Paradox hin, dass sich die „reine [d.h. direkte] Demokratie“ zuweilen „als eine autoritäre Staatsform“ erweise.⁸³ „Gegen die Wucht, die einem Volksentscheid“ innewohne, vermöge „eine Opposition hinterher nicht mehr aufzu-

dere gesundheitliche Probleme“ hätten, und bereit wären, als individuelle Beschwerdeführinnen aufzutreten); vgl. auch *Bähr/Brunner/Casper/Lustig* (Fn. 47), 202.

⁷⁴ Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) v. 10.12.1907 (SR 210).

⁷⁵ Vgl. dazu vorne unter II/3/a.

⁷⁶ Vgl. Art. 60 Abs. 1 i.V.m. Art. 53f. ZGB.

⁷⁷ Vgl. Art. 75a ZGB, wonach für die Verbindlichkeiten des Vereins unter Vorbehalt einer anderslautenden Satzungsbestimmung ausschließlich das Vereinsvermögen haftet.

⁷⁸ Art. 60 Abs. 2 ZGB.

⁷⁹ *Tocqueville*, De la démocratie en Amérique, Bd. I (1835), in: Mayer (Hrsg.), *Alexis de Tocqueville: Oeuvres complètes I*, 1961, 281: „[L]’*esprit légiste* (...) s’infiltré pour ainsi dire dans toute la société (...).“

⁸⁰ *Tocqueville* (Fn. 79), 281: „La langue judiciaire devient ainsi, en quelque sorte, la langue vulgaire; (...).“

⁸¹ *Tocqueville* (Fn. 79), 281: „Il n’est presque pas de question politique, aux Etats-Unis, qui ne se résolve tôt ou tard en question judiciaire.“

⁸² *Reich*, VVDStRL 2024, 317 (356 f.).

⁸³ *Fleiner*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1923, 315.

kommen“.⁸⁴ Der „Staat der Volksgesetzgebung“ sei „ein Staat der praktischen Nüchternheit und der langsamen Entwicklung“, in der das Referendum „wie ein konservativ gesinntes Oberhaus“ wirke.⁸⁵ Auch für die Gegenwart konstatiert das politikwissenschaftliche Schrifttum, dass es zur „politischen Kultur der Schweiz“ gehöre, „dass die *direktdemokratische Entscheidung dem Recht mehr Legitimation verleiht als ein Gerichtsurteil*“,⁸⁶ während die Geschichtswissenschaften die im Republikanismus schweizerischer Prägung verankerte „*Vorrangstellung der direkten Demokratie vor Rechtsprozeduren*“ betont.⁸⁷

Für gerichtliche Verfahren, die mit dem Anspruch initiiert werden, „transformative“ Veränderungen herbeizuführen, scheint das politische und rechtliche System der Schweiz vor diesem Hintergrund *denkbar ungünstige Bedingungen* bereitzuhalten. Das gilt umso mehr, als dass das schweizerische Höchstgericht in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zwar nach dem Vorbild des *United States Supreme Court* konstituiert wurde, der Verfassungsgeber aber einer Rechtsprechung nach dem Vorbild der Entscheidung *Marbury v. Madison*⁸⁸ einen Riegel vorschob: Akte des Bundesrates und der Bundesversammlung können beim Bundesgericht grundsätzlich nicht angefochten werden (Art. 189 Abs. 4 BV) und Bundesgesetze sind für das Bundesgericht anzuwenden, selbst wenn sie mit der Bundesverfassung im Widerspruch stehen (vgl. Art. 190 BV).⁸⁹ Kontraintuitiv bietet das politische System jedoch gerade *wegen* seiner direkt-demokratischen Durchtränkung, seiner bundesstaatlichen Struktur und dem bundesgerichtlich gewährleisteten und konventionsrechtlich verstärkten Rechtsschutz vielfältige Chancen, durch einen transzendierenden Zugang zumindest *moderate* „Transformationen“ *vor allem des kantonalen und kommunalen Rechts* durchzusetzen.

2. Unbehaglicher Föderalismus: Bewahrung der Offenheit und Legitimität demokratischer Verfahren

Die „Kleinheit und Neutralisiertheit seines Staates“ mag individuell jene ambivalente Sehnsucht nach kultureller und nationaler Bedeutung wecken, die *Karl Schmid* in seiner 1963 erstmals erschienenen Studie über ausgewählte Schweizer Literaten wirkungsmächtig als „Unbehagen im Kleinstaat“ beschrieb.⁹⁰ Unbehaglichkeit vermag in anderer Form zuweilen auch eine feinzisierte Gliederung öffentlicher Gewalt

⁸⁴ *Fleiner* (Fn. 84), 315.

⁸⁵ *Fleiner* (Fn. 84), 316.

⁸⁶ *Linder/Mueller*, Schweizerische Demokratie, 4. Aufl., 2017, 361 (Kursivdruck hinzugefügt).

⁸⁷ *Maissen*, Eintrag „Republik“, in: Historisches Lexikon der Schweiz (Version v. 23.12.2011), <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/009925/2011-12-23/> (17.2.2025) – Kursivdruck hinzugefügt.

⁸⁸ 5 U.S. (1 Cranch) 137, 163 (1803) (wonach Gerichte die Kompetenz haben, Bundesgesetze für verfassungswidrig zu erklären).

⁸⁹ Vgl. dazu eingehend *Reich*, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Fn. 3), II.3 Rn. 25–30; zur Formel „*United States Supreme Court*, minus *Marbury v. Madison*“ als Vorbild für die Ausgestaltung des Bundesgerichts vgl. *ders.*, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Verfassungsinterpretation: Kolloquium der Peter-Häberle-Stiftung an der Universität St.Gallen 2024, [i. E.], Ziff. IV/2.

⁹⁰ *Schmid*, Unbehagen im Kleinstaat (3. Aufl., 1977), in: Sprecher/Niederberger (Hrsg.), Karl Schmid, Gesammelte Werke, Bd. IV 1961–1965, 1998, 109 (271).

auszulösen. Die „extreme Dezentralisation“⁹¹ des schweizerischen Bundesstaates – 9 Millionen Einwohnerinnen und Einwohner, 26 Kantone, 2'131 Gemeinden⁹² – kann auf kantonaler und kommunaler Ebene zu *fortdauernder Konzentration politischer Macht* führen: Für jeden vierten Kanton konstatiert das politikwissenschaftliche Schrifttum ein „hegemoniales Zweiparteiensystem mit niedriger Fraktionalisierung“ und „geringer Volatilität der Wähleranteile“.⁹³

Unter solchen Voraussetzungen kann „der Weg nach Lausanne“ an das Bundesgericht die einzige gangbare Route aus „der Enge kantonaler Verhältnisse“ bilden.⁹⁴ Die Funktion der durch das Bundesgericht ausgeübten Verfassungsgerichtsbarkeit besteht seit 1874 primär darin, das Bundesrecht trotz dessen kantonalen Vollzugs (vgl. Art. 46 BV) aufgrund von individuell als verletzt gerügten „verfassungsmäßigen Rechten“, zu denen auch die Garantien der EMRK zählen, einheitlich anzuwenden und fortzuentwickeln.⁹⁵ Zu diesen Rechten zählt auch die Wahl- und Abstimmungsfreiheit (Art. 34 BV). Sie verschafft jedem Stimmberechtigten einen *subjektiven Anspruch* auf „freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe“ (Art. 34 Abs. 2 BV)⁹⁶ und gewährleistet damit in bundesgerichtlicher Diktion „die für den demokratischen Prozess und die Legitimität direktdemokratischer Entscheidungen erforderliche Offenheit der Auseinandersetzung“.⁹⁷ In Verbindung mit dem Gleichheitssatz (Art. 8 Abs. 1 BV) können praktisch sämtliche Facetten kantonaler und kommunaler demokratischer Entscheidungsverfahren von der Ausgestaltung des Wahlsystems von Parlamenten⁹⁸ bis hin zur Verpflichtung der Behörden zur korrekten und zurückhaltenden Information im Vorfeld von Volksabstimmungen⁹⁹ bundesgerichtlicher Kontrolle unterzogen werden.¹⁰⁰ Auf dieser Grundlage sind selbst weitgehende Eingriffe in die kantonale Organisationsautonomie (Art. 47 Abs. 1 S. 1 BV) zulässig: Zwei Kantone mit einem hegemonialen Zweiparteiensystem wurden bundesgerichtlich verpflichtet, ihr vormaliges reines Mehrheitswahlrecht durch das Verhältniswahlrecht oder ein Mischsystem zu ersetzen.¹⁰¹ Überwiegend sind es politische Parteien, Verbände, Mitglieder von Parlamenten oder andere parteipolitisch gebundene Perso-

⁹¹ Thorlakson, Comparing Federal Institutions: Power and Representation in Six Federations, West European Politics 2003, 1 (18) („(...) the extreme decentralisation of the Swiss federation (...)“).

⁹² Statistische Angaben gemäß *Bundesamt für Statistik*, Ständige Wohnbevölkerung/räumliche Gliederung der Schweiz, https://www.atlas.bfs.admin.ch/maps/13/map/mapIdOnly/0_de.html (17.2.2025).

⁹³ Vatter, Das politische System der Schweiz, 5. Aufl., 2024, 117 m. w. N. (wonach die Kantone Graubünden, Nidwalden, Obwalden, Schwyz, Uri und Wallis in diese Kategorie fallen).

⁹⁴ Vgl. Fleiner (Fn. 84), 448 (Schreibweise angepasst): „Wenn in der Enge kantonaler Verhältnisse die politische Leidenschaft das Steuer führt, so weiß der letzte Bürger im Staat, dass ihm der Weg nach Lausanne [an das Schweizerische Bundesgericht] offensteht.“

⁹⁵ Instrukтив Biaggini, in: von Bogdandy/Grabenwarter/Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. VI, 2016, § 105 Rn. 5, 15–20, 30–33.

⁹⁶ Vgl. BGE 150 I 17 E. 4.1, 22; 145 I 259 E. 4.3, 267; 143 I 92 E. 3.3, 95; st. Rspr.

⁹⁷ BGE 150 I 17 E. 4.1, 23; 145 I 282 E. 4.1, 287; 145 I 259 E. 4.3, 267; 145 I 1 E. 4.1, 5.

⁹⁸ Vgl. BGE 145 I 279 E. 8.4f., 279–281; 143 I 102 E. 6.2f., 102–108.

⁹⁹ Vgl. BGE 143 I 78 E. 4.4, 82.

¹⁰⁰ Einlässlich Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen, 2. Aufl., 2023, Rn. 2311–2639 m. w. N.

¹⁰¹ BGE 145 I 279 E. 8.4f., 279–281 (Graubünden); 143 I 102 E. 6.2f., 102–108 (Uri); vgl. auch BGE 140 I 394 E. 8–10, 401–406 (Appenzell Ausserrhoden); detailliert Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser (Fn. 100), Rn. 1426–1439 m. w. N.

nen, die das Bundesgericht mit der Rüge, die Wahl- und Abstimmungsfreiheit (Art. 34 BV) sei verletzt, anrufen.¹⁰² Das trifft auch auf jene Beschwerden zu, die unter Verweis auf die Wahlrechtsgleichheit erfolgreich auf die Änderung des kantonalen Wahlrechts abzielten.¹⁰³ Der daraus resultierenden Rechtsprechung kommt „die Qualität einer Verfassungsänderung“ zu.¹⁰⁴

Aufgrund des weitgespannten Schutzbereichs der Wahl- und Abstimmungsfreiheit (Art. 34 BV) vermögen demnach Interessengruppen im Bereich der politischen Rechte durch gezielte und in diesem Sinn „strategische“ gerichtliche Verfahren *grundlegende Änderungen* der rechtsnormativen Regeln, die demokratische Entscheidungsverfahren in den Kantonen und Gemeinden anleiten und einhegen, herbeizuführen.

3. Gerichtlicher Schutz politisch unzureichend durchsetzungsfähiger Interessen

Der Verfassungsgerichtsbarkeit kommt nicht nur hinsichtlich des Schutzes der Offenheit und Integrität demokratischer Entscheidungsverfahren besondere Bedeutung zu, sondern auch in Bezug auf den Schutz derjenigen Interessen, die sich im politischen Wettbewerb aus strukturellen Gründen nur *unzureichend mobilisieren* lassen.¹⁰⁵ Im demokratischen Entscheidungsverfahren weisen eng und klar definierte Interessen wie etwa die Partikularinteressen einzelner Berufsgruppen oder Wirtschaftszweige eine hohe Organisations- und Durchsetzungsfähigkeit auf.¹⁰⁶ An der unterschiedlichen Konfliktfähigkeit von Interessen vermögen auch die Instrumente der direkten Demokratie im Grundsatz wenig zu ändern.¹⁰⁷ Fallweise vermag strategische Prozessführung ein *Gegengewicht zur unzureichenden demokratischen Repräsentation* bestimmter Interessen bilden. Beispielhaft dafür sind die von verschiedenen Fachpersonen und Organisationen unterstützten und namens *Mohamed Wa Baile* geführten gerichtli-

¹⁰² Vgl. statt anderer BGE 150 I 106 v. 26.4.2024 (u. a. initiiert von der „Association Choc Electrique“, die sich dem Weiterbetrieb von elektrischen Widerstandsheizung verschieben hat); 150 I 17 v. 22.2.2024 (u. a. Sozialdemokratische Partei des Kantons Schaffhausen und Grüne Partei Schaffhausen als Beschwerdeführende); 146 I 70 v. 14.11.2019 (lanciert durch den Hauseigentümerverband Bern gegen gesetzliche Regelungen, die auf eine Volksinitiative zurückgehen); 143 I 102 v. 12.10.2016 (zumindest mehrheitlich initiiert durch Mitglieder des Parlaments des Kantons Uri, die Minderheitsparteien angehören); 131 I 366 v. 3.5.2005 (Schweizerische Volkspartei des Kantons Solothurn als Beschwerdeführerin); 113 Ia 390 v. 30.9.1987 (Beschwerde u. a. geführt durch die Sozialdemokratische Partei des Kantons Zürich und POCH-Zürich – Progressive Organisationen Zürich).

¹⁰³ Vgl. BGE 143 I 102 v. 12.10.2016 (zumindest mehrheitlich initiiert durch Mitglieder des kantonalen Parlaments, die Minderheitsparteien angehören) und BGE 140 I 394 v. 26.9.2014 (Beschwerde geführt durch ein Mitglied der Grünen Partei).

¹⁰⁴ *Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser* (Fn. 100), Rn. 698 m. w. N.

¹⁰⁵ In diesem Sinn Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, 1980, 87, 148–170 sog. „political process theory“ („participation-oriented, representation-reinforcing approach to judicial review“); zu deren Einfluss jenseits der Vereinigten Staaten siehe *Dixon/Hailbronner*, *Ely in the World: The Global Legacy of Democracy and Distrust Forty Years On*, *International Journal of Constitutional Law* 2021, 427; sehr kritisch zur Prämisse Elys, wonach Gerichte besonders geeignet sein sollen, die Offenheit und Fairness demokratischer Prozesse zu gewährleisten, dagegen *Doerfler/Moyn*, *Vanderbilt Law Review* 2022, 769 (785–819).

¹⁰⁶ *Olson*, *The Logic of Collective Action*, 1971, 53–65.

¹⁰⁷ *Reich* (Fn. 89), Rn. 17.

chen Verfahren, die darauf abzielten, das mutmaßlich verbreitete polizeiliche „*Ethnic*“ bzw. „*Racial Profiling*“ einer gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen.¹⁰⁸ *Mohamed Wa Baile* warf der Stadtpolizei Zürich vor, ihn allein aufgrund seiner Ethnie einer Personenkontrolle unterzogen zu haben.¹⁰⁹ Der EGMR befand, die Schweizer Behörden hätten den Vorwurf der Diskriminierung ungenügend untersucht.¹¹⁰

Entsprechende Vorgehensweisen reichen jedoch bis mindestens in die 1970er-Jahre zurück. Eine Pionierrolle übernahm dabei der Journalist und Rechtsanwalt *Ludwig A. Minelli*, der in eigenem Namen verschiedene Verfahren vor dem Bundesgericht anstrengte, die zu einer abstrakten Kontrolle kantonaler Normen betreffend Untersuchungshaft und Strafvollzug führten.¹¹¹ *Minelli* erkannte früh das Potenzial der für die Schweiz am 28. November 1974 in Kraft getretenen EMRK, um Änderungen der innerstaatlichen Rechtslage herbeizuführen.¹¹² Er gründete 1977 die „Schweizerische Gesellschaft für die Europäische Menschenrechtskonvention“ und führte in eigenem Namen und als Rechtsvertreter ab den frühen 1980er-Jahren vor dem EGMR eine Reihe vom Verfahren, die mit einer Verurteilung der Schweiz endeten.¹¹³ In hoher Kadenz an das Bundesgericht gelangt auch der seit 1978 bestehende Verein „Demokratische Jurist*innen der Schweiz“ mit Beschwerden, die darauf abzielen, kantonale Rechtssätze, die Befugnisse von Strafverfolgungsbehörden, Polizei und anderen Verwaltungseinheiten zu Lasten Randständiger oder sozialer Bewegungen ausweiten, einer abstrakter Normenkontrolle zu unterziehen.¹¹⁴

Eine effektivere Durchsetzung spezifischer, demokratisch unterrepräsentierter Interessen vermag auch das *Verbandsklagerecht* herbeizuführen, das aber einer besonderen bundesgesetzlichen Grundlage bedarf.¹¹⁵ Das Behindertengleichstellungsgesetz

¹⁰⁸ *Rüegger*, sui generis 2020, 94 (112).

¹⁰⁹ Vgl. Verwaltungsgericht Zürich, VB.2020.00014 v. 1.10.2020; BGer 1C_702/2020, v. 23.12.2020.

¹¹⁰ EGMR, *Wa Baile v. Schweiz*, Urteil v. 20.2.2024, Nr. 43868/18 u. 25883/21, Ziff. 135; bespr. v. *Moekli*, Aktuelle Juristische Praxis 2024, 633.

¹¹¹ BGE 99 Ia 262 v. 4.4.1973 (sog. „*Minelli I*“), 102 Ia 279 v. 30.6.1976 (sog. „*Minelli II*“), 118 Ia 64 v. 12.2.1992 (sog. „*Minelli III*“), die sich als abstrakte Normkontrollverfahren alle auf Neuerungen der Verordnung des Kantons Zürich über die Bezirksgefängnisse bezogen.

¹¹² *Kley*, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, 2. Aufl., 2015, 320.

¹¹³ Vgl. *Minelli v. Schweiz*, Urteil vom 25.3.1983, Nr. 8660/79 (Auflage der Kosten eines wegen Verjährung eingestellten Strafverfahrens zu Lasten des Beschuldigten als Verletzung der Unschuldsvermutung gemäß Art. 6 Ziff. 2 EMRK); *Steiner und Zimmermann v. Schweiz*, Urteil vom 13.7.1983, Nr. 8737/79 (überlange Dauer eines Enteignungsverfahrens als Verletzung von Art. 6 Ziff. 2 EMRK); *Schuler Zraggen v. Schweiz*, Urteil vom 24.6.1993, Nr. 14518/89 (Diskriminierung aufgrund des Geschlechts hinsichtlich sozialversicherungsrechtlicher Ansprüche als Verletzung von Art. 14 i. V. m. Art. 6 Ziff. 1 EMRK); *Amann v. Schweiz*, Urteil vom 16.2.2000 Nr. 27798/95 (behördliches Abhören von Telefongesprächen und Errichtung und Aufbewahrung einer entsprechenden Akte als Verletzung von Art. 8 EMRK); *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Schweiz*, Urteil vom 28.6.2001 Nr. 24699/94 (Verweigerung der Ausstrahlung einer bezahlten Filmsequenz durch das öffentlich-rechtliche Fernsehen als Verletzung von Art. 10 EMRK).

¹¹⁴ Vgl. statt anderer BGE 149 I 248 v. 13.3.2023 (kommunales Bettelverbot); 143 I 147 v. 18.1.2007 (kantonales Polizeigesetz, das Kostentragungspflicht von Veranstaltern bei bestimmten Kundgebungen auf öffentlichem Grund vorsieht); 136 I 87 v. 30.9.2009 (Polizeigesetz des Kantons Zürich mit Neuerungen u. a. zum Schusswaffengebrauch durch die Polizei sowie zu Personenkontrollen und Identitätsfeststellungen durch Polizeiorgane); 125 I 127 v. 2.12.1998 (Anonymität verdeckt ermittelnder Personen).

¹¹⁵ Vgl. *Reich* (Fn. 82), 360–362 m. w. N.

(BehiG)¹¹⁶ räumt Behindertenorganisationen unter bestimmten Voraussetzungen das Recht ein, „Rechtsansprüche auf Grund von Benachteiligungen, die sich auf eine große Zahl Behinderter auswirken“, gerichtlich geltend zu machen (Art. 9 Abs. 1 BehiG). Gestützt auf diese Bestimmung unterzog der Dachverband der schweizerischen Behindertenorganisationen unter Inkaufnahme erheblicher finanzieller Risiken¹¹⁷ unter anderem die Beschaffung von Doppelstock-Triebzügen für den Fernverkehr („FV-Dosto“) durch die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) gerichtlicher Kontrolle, insbesondere um eine diskriminierungsfreie Anordnung des Rollstuhlbereichs in den Eisenbahnfahrzeugen zu erreichen.¹¹⁸

IV. Rechtsstaatliche und politische Kosten strategischer Prozessführung

1. „Great cases make bad law“: strategische Prozessführung als Quelle gerichtlicher Dilemmata

a) Gerichte als Hüter langfristiger rechtlicher Bindungen der Politik?

Das Vertrauen in die Möglichkeit, politisch unzureichend organisationsfähige Interessen zumindest partiell gerichtlich durchsetzen zu können, beruht auf der impliziten Prämisse, dass Verhaltensanreize in der politischen und der justiziellen Sphäre je unterschiedliche Konsequenzen zeitigen. Allein aus der Perspektive jener Organisationen beurteilt, die Verfahren der strategischen Prozessführung vorantreiben, mag es sowohl im politischen Prozess als auch im gerichtlichen Verfahren allein darum gehen, zu *überzeugen*¹¹⁹ – im einen Fall die Stimmbürgerschaft, im anderen das Gericht. Auch wenn sich die nicht nur sichtbare, sondern zuweilen auch deutlich hörbare Präsenz von Mitgliedern derjenigen Organisationen, die Verfahren strategischer Prozessführung anstrengen, bei der Verhandlung ihrer Anträge im Gerichtssaal¹²⁰ als Indiz für das Gegenteil werten ließe, beruht „richterliche Überzeugung“¹²¹ aus rechtsnormativer Perspektive auf *qualitativ anders gearteten Gründen* als politische. Richterinnen und Richter haben ihre Entscheidungen nicht gemäß ihren eigenen Präferenzen,

¹¹⁶ Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz; BehiG) v. 13.12.2002 (SR 151.3).

¹¹⁷ Die Behindertenorganisation wurden durch das Bundesverwaltungsgericht [BVGer] zunächst zur Zahlung von Prozessentschädigungen von rund CHF 250'000.– (oder damals rund EUR 240'000.) an die SBB und den Hersteller des „FV-Dosto“ verpflichtet; vgl. BVGer A-359/2018 v. 20.11.2018 E. 21.2.9. Auf Beschwerde hin befand das Bundesgericht, dass sich derartige finanzielle Folgen der Prozessführung negativ auf die zukünftige Geltendmachung des Verbandsklagerechts auswirken würden (BGer 2C_26/2019 v. 22.12.2021 E. 22.2.4), weshalb das Bundesverwaltungsgericht die Parteientschädigung auf insgesamt CHF 110'000.– (oder damals rund EUR 114'000.–) reduzierte; vgl. BVGer A-883/2022 v. 22.7.2023 E. 4.5.3.

¹¹⁸ Vgl. BGE 139 II 289; BGer 2C_26/2019 v. 22.12.2021; BVGer A-359/2018 v. 20.11.2018.

¹¹⁹ Vgl. zu einem in diesem Sinn an *Weber* anschliessenden Verständnis von „Politik“ (verstanden als engl. „politics“) vorne unter II/3/a (Haupttext bei Fn. 44).

¹²⁰ Vgl. dazu vorne unter II/3/a (Haupttext zu Fn. 64) und II/3/b (Haupttext zu Fn. 54–63).

¹²¹ Die Wendung „richterliche Überzeugung“ wird gemeinhin in einem anderen, nämlich beweiserrechtlichen Sinn verwendet; vgl. statt anderer BGE 144 IV 345, 351 E. 2.2.3.3; 138 III 620 E. 5.1.1, 623 (Kursivdruck hinzugefügt).

sondern auf der Basis eines *Datums* – aufgrund des *gegebenen* Rechts, dem sie ausschließlich verpflichtet sind,¹²² – zu treffen.¹²³ Im Unterschied zur Legislative und zur Exekutive ist die Justiz zudem eine *reaktive* Gewalt. Sie darf nicht aus eigenem Antrieb tätig werden. Sie muss vielmehr durch einen Anstoß von außen – durch eine Klage oder Beschwerde – „in Bewegung gesetzt werden, damit sie sich regt“.¹²⁴ Gerichte verfügen demnach idealiter – in Paraphrasierung der bekannten Sentenz *Alexander Hamiltons* – zwar über „Urteilstkraft“, aber weder über aktive Gestaltungsmacht noch über einen eigenständigen Willen.¹²⁵

Allein von diesen analytischen Grundlagen ausgehend, wären Gerichte nicht nur besonders befähigt, strukturelle Defizite demokratischer Verfahren zu beheben,¹²⁶ sondern weisen auch besondere Kompetenzen auf, jene Herausforderungen rechtlich zu bewältigen, denen nur auf lange Frist und unter Inkaufnahme kurz- und mittelfristiger Nachteile begegnet werden kann. Dazu zählen etwa die Eindämmung der anthropogenen Klimaveränderung oder die sozialversicherungsrechtliche Bewältigung des demografischen Wandels. Strategische Prozessführung bildete unter diesen Prämissen ein Instrument, die *langfristigen Bindungen*, denen die Politik durch die Verfassung und völkerrechtliche Verpflichtungen unterworfen ist, gerichtlich einzufordern.

b) Gerichtliches Mandat als unvollständiger Vertrag

Analytisch weist die Hypothese der Orientierung der Politik an Wahlzyklen tatsächlich erhebliche Plausibilität auf, auch wenn die empirische Evidenz für die Existenz „politischer Konjunkturzyklen“ (engl.: „*political business cycles*“)¹²⁷ eminent kontextabhängig erscheint.¹²⁸ Wenn nämlich die Durchsetzung bestimmter Ziele von der Ressource „Macht“ abhängig ist und ein Amt größere Chancen verspricht, eben diese Ressource mobilisieren zu können, bestehen maßgebliche Anreize, die eigene (Wieder-) Wahl in eben dieses Amt anzustreben.¹²⁹ Die Sichtweise, wonach Politike-

¹²² Art. 191c BV: „Die richterlichen Behörden sind in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit unabhängig und nur dem Recht verpflichtet.“ (Kursivdruck hinzugefügt).

¹²³ Reich, in: Waldmann et al. (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl. [i.E. 2025], Art. 191c Rn. 2.

¹²⁴ Tocqueville (Fn. 79), 100 („*De sa nature, le pouvoir judiciaire est sans action; il faut le mettre en mouvement pour qu'il se remue.*“).

¹²⁵ Hamilton, Federalist No. 78 (v. 28.5.1788), in: Yale Law School Lillian Goldman Law Library Avalon Project (Hrsg.), https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp (17.2.2025): „*The judiciary (...) may truly be said to have neither force nor will, but merely judgment; (...).*“; „force“ und „will“ im Original in Großbuchstaben; eingehender zur Sentenz Reich, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar Bundesverfassung, 4. Aufl. 2023, Art. 188 Rn. 9–11 m. w. N.

¹²⁶ Vgl. dazu vorne unter III/3.

¹²⁷ Grundlegend Nordhaus, Review of Economic Studies 1975, 169 ff.

¹²⁸ Dubois, Public Choice 2016, 235 ff.; Alt/Dreyer Lassen, American Journal of Political Science 2006, 530 ff.; Franzese Jr., Annual Review of Political Science 2002, 369 ff.

¹²⁹ Mueller, Public Choice III, 2003, 241 f. m. w. N.; stilbildend Downs, An Economic Theory of Democracy, 1957, 28 (wonach politische Parteien als organisierte Gruppen von Kandidierenden politische Programme entwerfen, um Wahlen zu gewinnen, anstatt dass sie versuchen, Wahlen zu gewinnen, um ihre politischen Ziele zu verwirklichen).

rinnen und Politiker ihr Verhalten primär daran ausrichten, ihre (Wieder-) Wahlchancen zu steigern, dürfte daher weit über die Public Choice-Literatur hinaus grundsätzlich konsensfähig sein.¹³⁰

In *epistemische Schieflage* zugunsten der richterlichen Gewalt gerät die Analyse jedoch dann, wenn dieser „realistischen“ Sicht auf die Politik die nachgezeichnete idealisierte Konzeption einer im positiven Sinn antriebs- und willenslosen Justiz¹³¹ entgegengehalten wird. Letztere nimmt Anleihen bei der mit *Montesquieu* identifizierten Vorstellung, wonach sich die richterliche Tätigkeit durch strikte Bindung an den *Buchstaben* des Gesetzes vollständig determinieren lässt, Richterinnen und Richter ihre Funktion daher im Sinn schlichter „Subsumtionsautomaten“¹³² erfüllen und gleich „leblosen Wesen“ (frz.: „*des êtres inanimés*“) lediglich „die Worte des Gesetzes“ nachbeten.¹³³ Gerichte nehmen ihre Aufgabe jedoch auf der Grundlage dessen wahr, was die Ökonomik einen „*unvollständigen Vertrag*“ nennt: Die Grenzen des richterlichen Mandats lassen sich vorab nicht umfassend, klar und eindeutig verbindlich festlegen. Der am 1. Januar 1912 in Kraft getretene Art. 1 Abs. 2 ZGB, wonach „das Gericht“, soweit „dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden“ kann, „nach Gewohnheitsrecht und, *wo auch ein solches fehlt*, nach der Regel entscheiden“ soll, „die es als Gesetzgeber aufstellen würde“,¹³⁴ lässt sich als frühes Eingeständnis der unzureichenden Determinierbarkeit der richterlichen Tätigkeit lesen.

c) Gerichtliches Selbstverständnis: Dilemma zwischen Vermächtnis und Politikabstinenz

Abhängig vom spezifischen institutionellen Kontext vermögen sich demnach auch Richterinnen und Richter bei ihrer Tätigkeit gleich wie andere Akteure an eigenen individuellen und institutionellen *Präferenzen* orientieren. Die aggregierten Präferenzen der Angehörigen der dritten Gewalt sind indessen selbst in der Public Choice-

¹³⁰ Vgl. bereits *Weber*, Politik als Beruf (1919), in: Mommsen/Schluchter (Hrsg.), Max Weber Gesamtausgabe Abt. I/Bd. 17, 1992, 156 (159): „Wer Politik treibt, erstrebt Macht, – Macht entweder als Mittel im Dienst anderer Ziele – idealer oder egoistischer – oder Macht, um ihrer selbst willen: um das Prestigegefühl, das sie gibt, zu genießen.“

¹³¹ Vorstehend unter IV/1/a.

¹³² *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, 1986.

¹³³ *Montesquieu*, De l'esprit des lois (1748), 1849, 134 (livre IX/chapitre VI): „*Mais les juges de la nation ne sont (...) que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés (...)*“; dazu instruktiv *Maus*, Justiz als gesellschaftliches Über-Ich, 2018, 46 (60–64, 85). – Angesichts dieser axiomatischen Prämissen der Gewaltenteilungslehre *Montesquieus* lässt sich das Urteil EGMR *KlimaSeniorinnen* (Fn. 3) nicht überzeugend mit einem schlichten Verweis auf die Gewaltenteilungslehre *Montesquieus* verteidigen – so aber *Blattner*, in: Bönemann/Tigre (Fn. 9), 125 (131) – da der EGMR gar nicht den Anspruch erhebt, der EMRK buchstabengetreu zu folgen, sondern die Konvention als „*living instrument*“ versteht; vgl. zur Auslegung der EMRK durch den EGMR eingehend *Nußberger*, The European Court of Human Rights, 2020, 72–108.

¹³⁴ Kursivdruck hinzugefügt. – Per 1.2.2000 wurde in der deutschen Fassung „Richter“ durch „Gericht“ ersetzt, während in der französischen Fassung weiterhin von „*le juge*“ und in der italienischen von „*il giudice*“ die Rede ist; vgl. BBl 1996 I 1.

Literatur eine *Leerstelle* geblieben.¹³⁵ Überzeugend dürfte deshalb die Annahme sein, dass sich die aggregierten Präferenzen von Richterinnen und Richter nicht grundlegend von Angehörigen der anderen beiden Gewalten unterscheiden.¹³⁶ Durch das relevante Schrifttum analytisch und empirisch belastbar begründet erscheint die Erwartung, wonach Richterinnen und Richter in ihrer Gesamtheit ihr Handeln strategisch am Ziel ausrichten, ihrer Institution maßgeblichen Einfluss zu verschaffen oder diesen zu wahren.¹³⁷ Abhängig vom Selbstverständnis des jeweiligen Gerichts kann ein Sachverhalt, der mittels strategischer Prozessführung an dieses gelangt, daher als Gelegenheit wahrgenommen werden, mit einem „*great case*“ ein bleibendes institutionelles *Vermächtnis* zu hinterlassen. Umgekehrt kann ein solcher Fall aus der Perspektive des Gerichts die Gefahr heraufbeschwören, die Grenzen des eigenen Mandats zu überschreiten, was das Justizorgan dazu veranlassen kann, die Flucht in die *Politikabstinenz* anzutreten. Argumentativ können „große Fälle“ Gerichte zudem dazu verleiten, *vom Zweck auf die Mittel zu schließen*, obwohl das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit eben diesen direkten Schluss zu unterbinden sucht.¹³⁸

Die Wahl zwischen „Vermächtnis“ und „Politikabstinenz“ dürfte wesentlich durch das *institutionelle Selbstverständnis eines Gerichts* informiert sein. Daher hat es eine gewisse Folgerichtigkeit, dass der EGMR, der sich als „Gewissen Europas“ versteht,¹³⁹ die Beschwerde der „KlimaSeniorinnen“ teilweise gutgeheißen hat, während das Schweizerische Bundesgericht, das einem Begründungsstil pflegt, der Objektivität, Distanz zur Politik und strikte Rechtsbindung kommuniziert, zuvor auf Abweisung entschieden hatte.¹⁴⁰ Den institutionellen Risiken, die mit dem Dilemma zwischen „Vermächtnis“ und „Politikabstinenz“ verbunden sind, vermag sich ein Gericht *nicht vollständig zu entziehen*. Auch ein *negatives* Prozess- oder Sachurteil kann, abhängig von den konkreten Umständen, als Kapitulation vor öffentlichem Druck wahrgenommen werden¹⁴¹ und dadurch die Reputation der Institution beschädigen. Als Beleg für den zutreffenden Kern der Sentenz von *Oliver Wendell Holmes*, wonach nicht nur schwierige, sondern auch bedeutungsvolle, mithin „große“ Fälle „schlech-

¹³⁵ Mueller (Fn. 129), 401 m. w. N. (wonach die aggregierten Präferenzen der Angehörigen der Justiz „an empty black box“ geblieben seien).

¹³⁶ Posner, Supreme Court Economic Review 1993, 1.

¹³⁷ Epstein/Weinshall, The Strategic Analysis of Judicial Behavior: A Comparative Perspective, 2021, 3–33 m. w. N.

¹³⁸ Luhmann, in: Lukas/Tacke (Hrsg.), Niklas Luhmann Schriften zur Organisation, 2018, 185 (190f.): „Das Postulat des Rechtsstaates ist letztlich nichts anderes als eine Kritik des Schlusses vom Zweck auf das Mittel.“

¹³⁹ Council of Europe, The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights, 2010, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Anni_Book_content_ENG (17.2.2025).

¹⁴⁰ Vgl. EGMR *KlimaSeniorinnen* (Fn. 3), 230 f./Ziff. 7 u. 11 bzw. BGE 146 I 145 Sachverhalt C, 148: („Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.“); zum Begründungsstil des Bundesgerichts sinngemäss Reich (Fn. 125), Art. 188 Rn. 15.

¹⁴¹ Entsprechenden Interpretationen zugänglich erscheinen etwa EGMR (GK) *S.A.S. v. Frankreich*, Urteil vom 1.7.2014, Nr. 43835/11, Ziff. 153 („It can thus be said that the question whether or not it should be permitted to wear the full-face veil in public places constitutes a choice of society.“) und EGMR (GK) *Lautsi u. a. v. Italien*, Urteil vom 18.3.2011, Nr. 30814/06, Ziff. 69 („The Court therefore has a duty (...) to respect the Contracting States' decisions in these matters, including the place they accord to religion (...)“).

tes Recht“ hervorbringen,¹⁴² lässt sich wiederum auf die Verfahren in Sachen „Verein KlimaSeniorinnen Schweiz“ und *Marion Vassaux* verweisen. Im erstgenannten Verfahren nährt die singuläre Rechtsprechung des EGMR zur Beschwerdebefugnis des Vereins¹⁴³ den Eindruck, dass der Zweck, auf „eines der dringlichsten Probleme unserer Zeit“¹⁴⁴ eine gerichtliche Antwort zu geben, die gewählten Mittel gerechtfertigt haben könnte. In beiden der genannten Verfahren haben die Gerichte trotz Gutheißung der Beschwerden über die konkreten Urteilsfolgen angesichts ihrer Komplexität in tatsächlicher Hinsicht nicht befunden, sondern diese Dritten zur Entscheidung überlassen – im Fall der „KlimaSeniorinnen“ dem Ministerkomitee,¹⁴⁵ in demjenigen von *Marion Vassaux* einer verwaltungsgerichtlich zu bestimmenden sachverständigen Person.¹⁴⁶

2. Trittbrettfahrer: Übernutzung der Allmende gerichtlicher Unabhängigkeit

Verfahrensparteien zielen in legitimer Weise darauf, mit ihren Begehren und Anträgen zu *obsiegen*, selbst wenn ein Gericht dabei im Einzelfall gegen außen nicht mehr „als rechter Mittler“¹⁴⁷ sondern im Extremfall als *Komplize* erscheinen mag. Diese Interessenlage weist in Anlehnung an die ökonomische Theorie auf den Charakter gerichtlicher Unabhängigkeit als *öffentliches Gut* im Sinn eines *Allmendguts* hin.¹⁴⁸ Glaubwürdig kommunizierte gerichtliche Unabhängigkeit steigert das berechtigte Vertrauen in die effektive Durchsetzung vertraglicher Abmachungen zwischen Privaten und erhöht die Aussicht, dass die legislative und die exekutive Gewalt rechtsnormative Verpflichtungen einhalten.¹⁴⁹ Von der Teilhabe an diesen Vorteilen kann grundsätzlich niemand ausgeschlossen werden, da jedermann berechtigt ist, seine Ansprüche vor Gericht geltend zu machen. Das mag erklären, weshalb sich gerichtliche Unabhängigkeit durch private Anstrengung zumindest nicht in genügendem Ausmaß absichern lässt, sondern durch die öffentliche Gewalt zur Verfügung gestellt werden muss.¹⁵⁰ Gleichwohl können Akteure geneigt sein, durch ihr Verhalten die

¹⁴² „Great cases, like hard cases, make bad law.“; *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 400f. (1904) (Holmes, J., dissenting).

¹⁴³ Vgl. EGMR *KlimaSeniorinnen* (Fn. 3), Ziff. 502.

¹⁴⁴ Vgl. EGMR *KlimaSeniorinnen* (Fn. 3), Ziff. 410 („At the outset, the Court notes that climate change is one of the most pressing issues of our times.“).

¹⁴⁵ Vgl. EGMR *KlimaSeniorinnen* (Fn. 3), Ziff. 657.

¹⁴⁶ Vgl. BGER 2C_299/2023 (Fn. 25) E. 5.5.5.

¹⁴⁷ BGE 33 I 143 E. 2, 146 v. 31.1.1907; wörtlich ebenso in späteren Urteilen, u. a. BGE 126 I 228 E. 2b/bb, 232; 123 I 87 E. 4e, 94; 105 Ia 157 E. 5b, 162.

¹⁴⁸ Stilbildend *Samuelson*, *Review of Economics and Statistics*, 1954, 387. Im Anschluss an (die analytisch nicht durchwegs überzeugende) Metapher von der „Tragödie der Allmende“ (vgl. *Hardin*, *Science* 1968, 1243) zeichnet sich ein „Allmendgut“ dadurch aus, dass der Konsum des Gutes rivalisiert (Endlichkeit des Gutes), aber niemand von dessen Konsum ausgeschlossen werden kann; instruktiv dazu statt anderer *Ostrom*, in: *Gardner/Rausser* (Hrsg.), *Handbook of Agricultural Economics*, Bd. 2/A, 2002, 1315.

¹⁴⁹ Vgl. die Evidenz für eine positive Korrelation zwischen (tatsächlicher) gerichtlicher Unabhängigkeit und volkswirtschaftlichem Wachstum bei *Voigt/Gutmann/Feld*, *European Journal of Political Economy* 2015, 197 (206f.).

¹⁵⁰ Beweis Art. 393 lit. a ZPO u. Art. 190 Abs. 2 lit. a Bundesgesetz über das Internationale Privat-

Unabhängigkeit der Justiz zwecks Beförderung ihrer partikulären Interessen zu *unterminieren*. Das gilt nicht nur, wenn Politiker Urteile, deren Folgerungen sie nicht teilen, in Erwartung öffentlichen Zuspruchs als „politisch“ motiviert kritisieren,¹⁵¹ sondern auch dann, wenn staatliche Amtsträger grundsätzliche Zweifel an der Legitimität eines Gerichts, insbesondere des EGMR, äußern.¹⁵² Als öffentliches Gut ist gerichtliche Unabhängigkeit daher in weitem Umfang auf Anerkennung Dritter angewiesen, lässt sich bei diesen aber rechtsnormativ kaum zuverlässig einfordern.¹⁵³

Strategische Prozessführung, die mit einem genuin transformativen Anspruch und einer aus anwaltlicher Sicht handwerklich einwandfrei vorbereiteten Beschwerde auftritt, zwingt ein Gericht regelmäßig dazu, *institutionelle Risiken* einzugehen, indem es sich veranlasst sieht, sich entweder „mutig“ zu zeigen oder aber unter externem Druck zu „kapitulieren“.¹⁵⁴ Beide Varianten laufen Gefahr, den Anschein der Unabhängigkeit und damit die Legitimität des Gerichts zu unterminieren. Aus dieser Perspektive erscheinen Akteure, die entsprechende Beschwerden vor ein Gericht bringen, als *Trittbrettfahrer*.¹⁵⁵ Sie erhoffen sich, für ihr Anliegen von der zusätzlichen Legitimität des Gerichts zu profitieren, nehmen aber billigend in Kauf, dass ihr Verhalten in den Augen Dritter eben dieser Legitimität abträglich sein könnte. Rechtlich vorwerfbar ist dieses Trittbrettfahren nicht, haben Rechtsvertretende doch die Interessen ihrer Klientschaft zu vertreten. Soweit die Forschung zur Reputation des *United States Supreme Court* analogiefähig ist, bleibt aber zu beachten, dass sich die Legitimität eines Gerichts im Allgemeinen als robust erweist, aber durch wenige kontroverse Urteile bleibenden Schaden erleiden kann.¹⁵⁶

3. Inszenierungen auf verschiedenen Bühnen für ein unterschiedliches Publikum: *politische Kosten kreativer Anwaltsarbeit*

Mit der grundsätzlichen Austauschbarkeit rechtlicher und politischer Mittel¹⁵⁷ ist die Herausforderung verbunden, dass im übertragenen Sinn das identische Theaterstück auf verschiedenen Bühnen für ein unterschiedliches Publikum inszeniert werden muss – vor Gericht und vor der politischen Öffentlichkeit. Auf beiden Bühnen ist

recht v. 18.12.1987 (SR 291), wonach die fehlende Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter privater Schiedsgerichte vor dem Schweizerischen Bundesgericht – mithin vor einem *staatlichen* Gericht – zu rügen ist; vgl. dazu Reich (Fn. 123), Art. 30 Rn. 7, 22 u. 32.

¹⁵¹ Zur Kritik von Urteilen als „politisch“ vgl. Reich (Fn. 125), Art. 188 Rn. 5–10.

¹⁵² Vgl. zur Kritik am EGMR im Kontext der Schweiz Keller/Walther, in: Breuer (Hrsg.), *Principled Resistance to ECtHR: Judgments – A New Paradigm?*, 2019, 161 (170 f., 184–188).

¹⁵³ Reich (Fn. 123), Art. 191c Rn. 15; ähnlich die vorwiegend empirisch informierte Schlussfolgerung bei Vanberg, *Annual Review of Political Science* 2015, 167 (181) (wonach gerichtlicher Einfluss ein *politisches* Phänomen sei).

¹⁵⁴ Vgl. vorstehend unter IV/a/c.

¹⁵⁵ Das „Trittbrettfahren“ (engl.: „free-riding“) ist das zentrale Problem kollektiven Handelns hinsichtlich Allmendgütern; vgl. Ostrom, *Governing the Commons*, 1990, 6: „At the heart of each of these models is the free-rider problem. Whenever one person cannot be excluded from the benefits that others provide, each person is motivated not to contribute to the joint effort, but to free-ride on the efforts of others.“

¹⁵⁶ Sinngemäß die in Fn. 22 zit. Forschungsergebnisse, insbesondere vor dem Hintergrund der Entscheidung *Dobbs* (Fn. 21).

¹⁵⁷ Vgl. dazu unter II/3/a.

Überzeugungsarbeit zu leisten, doch muss diese je *unterschiedlichen Regeln* folgen.¹⁵⁸ Diese „Mehrfachinszenierung“ ist potenziell mit politischen Kosten verbunden, da das gerichtliche Verfahren auch der Beobachtung durch die breitere Öffentlichkeit zugänglich ist. Aufgrund der jeweils unterschiedlichen Rationalitäten können Strategien, die vor Gericht als „*creative lawyering*“ eindrucksvoll sein mögen, in der politischen Öffentlichkeit als *falsches Spiel* missverstanden werden. Das gilt etwa für die Gründung des „Vereins KlimaSeniorinnen Schweiz“ zum Zweck der strategischen Prozessführung¹⁵⁹ oder hinsichtlich des Umstandes, dass *Marion Vassaux* ihre Pläne, Veterinärmedizin zu studieren, längst aufgegeben hatte, aber gleichwohl davon ab-sah, ihre Beschwerde an das Bundesgericht zurückzuziehen.¹⁶⁰

Politische Kosten können in diesem Kontext für Organisationen, die strategische Prozessführung betreiben, deshalb entstehen, weil Gerichte hinsichtlich der Umsetzung ihrer Urteile stets auf die Folgebereitschaft der beiden anderen Gewalten angewiesen sind. Strategische Prozessführung mag als effektives Instrument erscheinen, doch bleibt die Justiz, wie *Alexander Hamilton* notierte, „sogar für die Durchsetzung ihrer Urteile von der Hilfe der Exekutive abhängig“.¹⁶¹ Unmittelbare Folgen in der Rechtsetzung hat die „KlimaSeniorinnen“-Entscheidung des EGMR bisher nicht gezeitigt.

V. Fazit: strategische Prozessführung als Problem kollektiven Handelns

Im Kontext des hegemonialen politischen Systems der Schweiz¹⁶² bietet strategische Prozessführung zumindest auf subnationaler, d.h. interkantonal, kantonal und kommunaler Ebene zahlreiche Chancen.¹⁶³ Das Verfahren der „KlimaSeniorinnen Schweiz“ weist darauf hin, dass solche Potenziale dank des Instruments der Individualbeschwerde an den EGMR grundsätzlich auch auf der Ebene des Bundes bestehen. Für Gerichte evozieren an sie gerichtete Beschwerden, die einen transzendierenden Zugang mit einem transformativen Anspruch verbinden,¹⁶⁴ und sich als Kampagnen inszenieren,¹⁶⁵ Dilemmata, die grundsätzlich *ausweglos* sind.¹⁶⁶ Dagegen kommen die Chancen entsprechender Vorgehensweisen praktisch ausschließlich denjenigen Akteuren zugute, die sie initiieren.¹⁶⁷ Strategische Prozessführung präsentiert sich daher als ein *Problem kollektiven Handelns*. Gänzlich unbewacht sind die Tore zu den Höfen gerichtlicher Gerechtigkeit freilich nicht. Auch dank der Formstrenge des gerichtli-

¹⁵⁸ Vgl. dazu unter IV/1/a.

¹⁵⁹ Dazu vorne unter II/3/a u. c.

¹⁶⁰ Vgl. vorne unter II/2/b.

¹⁶¹ *Hamilton* (Fn. 125) („The judiciary (...) must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments.“).

¹⁶² Siehe dazu vorne unter III/1.

¹⁶³ Vgl. dazu eingehend Abschnitt III/2 u. 3.

¹⁶⁴ Vgl. dazu unter II/1 u. 2.

¹⁶⁵ Siehe dazu unter II/3.

¹⁶⁶ Vgl. dazu unter IV/1, insbesondere IV/1/c.

¹⁶⁷ Vgl. dazu vorne unter IV/2.

chen Verfahrens¹⁶⁸ haben es Gerichte bis zu einem gewissen Grad selbst in der Hand, sich vor politischer Vereinnahmung zu schützen und damit ihre Unabhängigkeit als öffentliches Gut zu bewahren.

¹⁶⁸ Vgl. dazu einleitend unter I.

DAS ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART

JAHRBUCH DES
ÖFFENTLICHEN RECHTS
DER GEGENWART

NEUE FOLGE / BAND 73

herausgegeben von

Oliver Lepsius, Angelika Nußberger,
Christian Waldhoff und Christian Walter



Mohr Siebeck

Prof. Dr. OLIVER LEPSIUS, LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie, Universität Münster, Bispinghof 24/25, D-48143 Münster

Prof. Dr. hc. Dr. hc. ANGELIKA NUSSBERGER, Universität zu Köln, Akademie für europäischen Menschenrechtsschutz, Kerpener Straße 30, 50937 Köln

Prof. Dr. CHRISTIAN WALDHOFF, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. CHRISTIAN WALTER, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht, Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU), Prof.-Huber-Platz 2, D-80539 München

ISBN 978-3-16-164627-0 / eISBN 978-3-16-164628-7

DOI 10.1628/978-3-16-164628-7

ISSN 0075-2517 / eISSN 2569-4103

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2025 Mohr Siebeck Tübingen.

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, dass das Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließende Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberrechtsfrist. Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen. Bestandteil des Verlagsrechts ist das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu verbreiten und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträger oder im Online-Verfahren zu verbreiten.

Dieses Jahrbuch einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter oder elektronischer Form, die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen sowie die Übersetzung.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier. Satz: Laupp & Göbel, Gomaringen.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com