Exposé zum Dissertationsvorhaben mit dem Arbeitstitel

"Waffengleichheit" Gleichheit im Verfahren am Beispiel von

Verwaltungsverfahren und -prozess

Bearbeiter Mag. Anton DIRLINGER

angestrebter akademischer Grad Doctor iuris (Dr. iur.)

Universität Universität Wien

Studium Doktorat Rechtswissenschaften

Studienkennzahl UA 783 101

Dissertationsfach Öffentliches Recht / Verwaltungs- und Verfassungsrecht

Matrikelnummer 01504690

Betreuer Univ.-Prof. Dr. Ewald WIEDERIN

Inhalt

I.	Überblick			
	A.	"Waffengleichheit" – Begriffsgenese	4	
	В.	Grundlagen der Gleichheit im Verfahren	6	
		1. Faires Verfahren und Waffengleichheit	7	
		2. Gleichheitssatz im Verfahren	8	
	C.	Umfang der Gleichheit im Verfahren	0	
		1. "Chancengleichheit"	0	
		2. Gebot gleichmäßiger Risikoverteilung?	3	
		3. Grenzen der Gleichheit im Verfahren1	4	
	D.	Verwaltungsverfahren und -prozess	4	
		1. Verwaltungsverfahren	4	
		2. Verwaltungsgerichtsbarkeit	6	
	E.	Abgrenzungen	6	
II.	Gar	Gang der Untersuchung1		
	A.	Methodik1	9	
	В.	Aufbau der Arbeit	9	
	C.	Forschungsfragen	0	
III.	Vor	orläufige Gliederung21		
IV.	Vor	/orläufiger Zeitplan22		
٧.	Vor	läufiges Literaturverzeichnis2	3	

I. Überblick

Die Arbeit soll sich mit der Gleichheit im Verfahren, dh der Gleichheit der Verfahrensparteien, beschäftigen, welche oft mit dem Begriff "Waffengleichheit" assoziiert wird. Bei der sogenannten "Waffengleichheit" handelt es sich nicht um einen gesetzlich verankerten Begriff, sondern um einen von Literatur und Rechtsprechung geprägten Topos. Für den Umgang mit diesem Topos und dem Bild gleicher Waffen bieten sich zwei Möglichkeiten an, was eine, der Befassung mit der Gleichheit im Verfahren, vorangehende Klarstellung erforderlich macht: Zumeist wird mit der "Waffengleichheit" Bezug genommen auf die Systematik des Art 6 EMRK - dort stellt sie in der Judikatur des EGMR ein zentrales Teilerfordernis einer fairen Verfahrensführung dar;¹ andererseits wird der Begriff mitunter aber auch zur Verbildlichung verschiedener anderer Gleichheitserfordernisse in verfahrensrechtlichem Kontext herangezogen.² In der geplanten Arbeit soll der erstgenannte Ansatz gewählt und klarheitshalber getrennt werden zwischen Waffengleichheit und (sonstiger) Gleichheit im Verfahren. Waffengleichheit wird dabei also rein als das vom EGMR aus Art 6 EMRK abgeleitete Gebot der Waffengleichheit verstanden, wovon andere Fälle der Gleichheit im Verfahren – also andere verfahrensrechtliche Gleichheitsüberlegungen, -gebote und -konzepte – möglichst unterschieden werden sollen. Es soll somit nicht zwischen einer "Waffengleichheit ieS" (jener nach Art 6 EMRK) und einer "iwS" unterschieden werden.

Im Unterschied zur grundrechtlichen Literatur, spielt in der *verfahrens*rechtlichen Literatur in Österreich die Gleichheit im Verfahren im allgemeinen eine eher untergeordnete Rolle.³ Die geplante Arbeit soll einen Beitrag leisten, einerseits Waffengleichheit und andere verfahrensbezogene Gleichheitsforderungen voneinander zu unterscheiden und in der österreichischen Grundrechtsordnung einzuordnen und andererseits deren Bedeutung im behördlichen und verwaltungsgerichtlichen Verfahren einzuordnen.

-

¹ So die gängigen Lehrbuchdarstellungen der Grundrechte: *Berka*, Verfassungsrecht⁶ (2016) Rz 1605; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1545; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹² (2019) Rz 962 f.

² So etwa *Thienel*, Allgemeine Grundsätze des Verwaltungsverfahrens – verfassungsrechtliche, gemeinschaftsrechtliche und gesetzliche Verankerung, in *Holoubek/Lang*, Allgemeine Grundsätze des Verwaltungs- und Abgabenverfahrens (2006) 43 (55); *Fasching*, Die Bedeutung des Gleichheitssatzes für das zivilgerichtliche Verfahren, in Richterwoche 1992: Grund- und Freiheitsrechte in der gerichtlichen Praxis (1993) 339 (359).

³ Zum Zivilprozess: *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ (2017) Rz 482; *Holzhammer*, Zivilprozeßrecht² (1976) 134; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht³ (2016) Rz 100; *Fasching*, Zivilprozeßrecht² (1990) Rz 718: der Grundsatz der Waffengleichheit sei im Strafverfahren stark hervorgehoben, im Zivilprozess aber "kaum gebraucht". Zum Strafprozess: *Seiler*, Strafprozessrecht¹⁶ (2017) Rz 23 ff, die Waffengleichheit nicht bei den "leitenden Grundsätzen" behandelnd und im Stichwortverzeichnis nicht führend; *Wiederin* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO (2014) § 6 Rz 12, auf das Zivilverfahren verweisend. Zum Verwaltungsverfahren unten in Fn 94.

Folgende Fragen stellen sich zuvorderst:

- Wo hat der (verfahrensrechtliche) Topos "Waffengleichheit" seinen Ursprung? (A.)
- Was sind die verfassungs-, konventions- bzw europarechtlichen Grundlagen für Gebote der Gleichheit im Verfahren? (B.)
- In welchem Umfang ist Gleichheit im Verfahren grundrechtlich geboten? (C.)
- Welche Rolle spielen die Gleichheit im Verfahren und insbesondere der Waffengleichheitsgrundsatz des Art 6 EMRK im Verwaltungsverfahren- und prozess? (D.)

A. "Waffengleichheit" - Begriffsgenese

Aus heutiger Sicht mutet es übertrieben martialisch an, von einem verfahrensrechtlichen Prinzip der "Waffengleichheit" zu sprechen. Und tatsächlich hat der Topos seinen Ursprung in der "Streitbeilegung" durch Zweikampf.⁴ Im juristisch-verfahrensrechtlichen⁵ Kontext erschien das Bild gleicher Waffen erstmals in der strafprozessrechtlichen Literatur des 19. Jahrhunderts – insbesondere bei *Mittermaier*.⁶ Als wirksames rhetorisches Stilmittel diente der Begriff den Proponenten verstärkter Beschuldigtenrechte zur Unterstreichung ihrer Forderungen.⁷ Auch die Einführung eines vom Anklagegrundsatz geprägten Strafverfahrens-

-

im Arbeitskampf [1967]).

⁴ *Garland*, Waffengleichheit im Vorverfahren (2019) 7 f; *Matscher*, The Right to a Fair Trial in the Case Law of the Organs of the European Convention of Human Rights, in *European Commission for Democracy through Law*, The Right to a Fair Trial (2000) 10 (12); vgl *Kappler*, Handbuch der Literatur des Criminalrechts und dessen philosophischer und medizinischer Hilfswissenschaften (1838) 510; *Vargha*, Das Strafprozessrecht (1907) 44. ⁵ Andere (juristische) Verwendungsfelder des Bildes sind zB die medienrechtliche Gegendarstellung (*Weyr*, Ein preßrechtlicher Reformvorschlag, JBl 1909, 203) oder das Kollektivarbeitsrecht (*Koenen*, Die Waffengleichheit

⁶ *Mittermaier*, Anleitung zur Vertheidigungs-Kunst im Criminal-Prozesse² (1820) 5 der eine "Ungleichheit der Waffen" aufgrund struktureller Überlegenheit der staatlichen Anklage sieht – beachtlich ist, dass *Mittermaier* hier noch über einen *Inquisitionsprozess* ("reinen Untersuchungsprozesse") ohne staatsanwaltschaftlichem Ankläger spricht, bei dem die "Gleichheit der Waffen" also zwischen dem Richter (in Doppelfunktion als anklagendes und entscheidendes Organ) und dem Angeklagten zu bestehen habe; *ders*, Anleitung zur Vertheidigungskunst im deutschen Criminalprozeße und in dem auf Öffentlichkeit und Geschwornengerichte gebauten Strafverfahren³ (1828) 26 "dem rechtsgelehrten gewandten Ankläger [muss] ein mit gleichen Waffen ausgerüsteter Vertheidiger und Vertreter des Angeklagten gegenüberstehen"; *ders*, Anleitung zur Vertheidigungskunst im deutschen Strafprocesse und in dem auf Mündlichkeit und Oeffentlichkeit gebauten Strafverfahren⁴ (1845) 2 "Eine Strafprozeßgesetzgebung ist um so besser, je mehr sie vom Prinzip der Gleichheit der Waffen ausgeht, daher auch die Mittel der Vertheidigung begünstigt"; *NN*, Zum Anklage- und Rekursrechte des Geschädigten, Oeffentliche Sicherheit 2 (1870) 108 (111); *Wahlberg*, Strafgesetzgebungs-Arbeiten des Justizministers Glaser, JBl 1886, 125 (126); *Lenz*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Staatsanwalts bei der Erhebung der Anklage, Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung 41 (1895) 397 (398) "Waffengleichheit zwischen Staatsanwalt und Vertheidiger wird für das geistige Turnier verlangt, das sich nunmehr vor dem erkennenden Gerichte abereicht"

⁷ Holtzendorff, Die Reform der Staatsanwaltschaft in Deutschland (1864) 15; Vargha, Die Vertheidigung in Strafsachen (1879) § 192.

wurde mit Verweis auf die nur so herstellbare Gleichheit von Anklage und Verteidigung gefordert.⁸ Schon früh wurde jedoch auch Kritik gegen den Topos erhoben.⁹ Vor allem als strafrechtspolitisches Schlagwort hielt sich die "Waffengleichheit" aber trotz – oder vielleicht gerade wegen – ihrer kämpferischen Konnotation bis ins 20. Jahrhundert.¹⁰

Eine Renaissance erfuhr der Begriff nach dem 2. Weltkrieg durch *Bötticher*¹¹, auf dem der Waffengleichheitsdiskurs der deutschen (Zivil-)Verfahrensrechtslehre aufbaut. ¹² In die Rechtsprechung der Europaratsorgane (EKMR und EGMR) scheint er seinen Eingang durch die Verwendung auf Seiten deutschsprachiger (genauer: österreichischer) Verfahrensparteien gefunden zu haben. ¹³ Anders als bisweilen angenommen ¹⁴ – so die These – stammt der *Begriff* "Waffengleichheit", der vom EGMR mit "equality of arms" bzw "légalité des armes" übersetzt wird, nicht aus dem angelsächsischen Rechtsraum, sondern aus dem deutschsprachigen. Das hinter dem Bild gleicher Waffen stehende *Prinzip* der Gleichheit der Verfahrensparteien ist demhingegen um vieles älter: So wird in Zusammenhang mit Art 6 EMRK oft auf den Grundsatz *audiatur et altera pars* ("Man höre auch die andere Seite.") verwiesen ¹⁶, welcher neben der fundamentalen Notwendigkeit rechtlichen Gehörs auch eine verfahrensrechtliche Gleichheitskomponente vermittelt.

_

⁸ Zachariä, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens: dargestellt auf der Basis einer consequenten Entwicklung des inquisitorischen und des accusatorischen Prinzips (1846) 143, die "Ungleichheit der Waffen" im Inquisitionsprozess beklagend.

⁹ Etwa *Sundelin*, Die Losungsworte: "Untersuchungsprinzip" – "Anklageprinzip" in ihrer mißbräuchlichen Anwendung und Nachweis der Letzteren an der beliebten Forderung einer sogen. Waffengleichheit zwischen dem Staatsanwalt und Angeklagten in der Hauptverhandlung, Die Strafrechtspflege in Deutschland 5 (1858) 41 (59 ff) der mit dem Argument, der Staat trete dem Beschuldigten nicht als Partei entgegen, sondern vertrete allein die Verwirklichung des Rechts (vgl § 3 StPO 1975), kritisiert, dass "Waffengleichheit" nur in einem Privatanklageverfahren denkbar sei; abl später auch *Harbich*, Über die Waffengleichheit im Strafprozeß, RZ 1970, 1, 26, 47 (51) "Die Anwendung des Ausdrucks Waffengleichheit auf den Strafprozeß ist an sich widersinnig."

¹⁰ Vargha, Das Strafprozessrecht 43; *Broda* in Österreichischer Anwaltstag 1960, Die Strafgesetzreform 14.

¹¹ Bötticher, Die Gleichheit vor dem Richter (1954); ders, Gleichbehandlung und Waffengleichheit: Überlegungen zum Gleichheitssatz (1979).

¹² Etwa *Vollkommer*, Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß – eine neue Prozeßmaxime? FS Schwab (1990) 503; *Schack*, Waffengleichheit im Zivilprozess, ZZP 129 (2016) 393; *Zuck*, Das verfassungsrechtliche Fundament der prozessualen Waffengleichheit, EuGRZ 2020, 1; in Österreich insb *Fasching* in Richterwoche 1992, 359.

¹³ Die Antragsteller in der Rechtssache *Pataki und Dunshirn* (EKMR 596/59, 789/60) verwiesen etwa auf eine Rede des österreichischen Justizministers, in der dieser *zukünftige* Nachbesserungen in Sachen "Waffengleichheit" angekündigt hatte (siehe *Broda* [Fn 10]); in früheren Entscheidungen schwankt die Übersetzung von "Waffengleichheit" noch zwischen "equality of arms" und "treatment on equal footing" (zB EKMR 524/59, 617/59 *Ofner und Hopfinger/Österreich*).

¹⁴ Khakzadeh-Leiler, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs (2011) 233; Harbich, RZ 1970, 1, 26, 47 (47).

¹⁵ Cheng, General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals (1953) 290 ff; *Wacke*, Audiatur et altera pars: Zum rechtlichen Gehör im römischen Zivil- und Strafprozeß, in FS Waldstein (1993) 369; *Woolf/Jowell/Le Sueur*, Principles of judicial review (1999) Rz 6–008 ff; VfGH G 3360/2016 VfSlg 20.217 (Gegendarstellung in elektronischen Medien). Der Grundsatz wird auch als *"audi alteram partem*" wiedergegeben.

¹⁶ Etwa *Fawcett*, The application of the European Convention on Human Rights (1969) 137; *Germelmann*, Das rechtliche Gehör vor Gericht im europäischen Recht (2014) 92; *Safferling*, Audiatur et altera pars – die prozessuale Waffengleichheit als Prozessprinzip? NStZ 2004, 181.

B. Grundlagen der Gleichheit im Verfahren

Bei der Erörterung sogenannter Grundsätze, Prinzipien oder Maximen des Verfahrensrechts sollte klargestellt werden, aus welcher Perspektive diese behandelt werden. Einerseits können sie durch verfassungs-, konventions- oder europarechtliche Rechtsvorschriften gewährleistete Verfahrens*grundrechte* darstellen;¹⁷ andererseits aber auch als im jeweiligen Verfahren geltende Verfahrens*grundsätze* betrachtet werden, deren normativer Wert (nur) durch Gesamtanalogie begründet wird, oder die – ohne eigenständige normative Bedeutung – allein zur Systematisierung oder didaktischen Darstellung des Verfahrensrechts dienen.¹⁸ Naturgemäß lassen sich diese zwei Perspektiven nicht immer klar trennen und sind Grundsätze mitunter (auch) grundrechtlich geboten.¹⁹ Auch die Gleichheit im Verfahren stellt einen solchen Fall dar: Unabhängig von ihrer grundrechtlichen Verankerung, stellte die Gleichheit der Prozessparteien in verschiedenen Ausprägungen seit jeher ein verfahrensrechtliches Prinzip dar.²⁰

In der geplanten Arbeit soll primär die grundrechtliche Perspektive eingenommen werden. Dabei sind insbesondere das in Art 6 EMRK normierte Recht auf ein faires Verfahren (1.) und der allgemeine Gleichheitssatz nach Art 2 StGG und Art 7 B-VG (2.) von Bedeutung. Ergänzend soll auf die korrelierenden europarechtlichen Bestimmungen (Art 20 und 47 GRC), Art 14 EMRK, Art 41 GRC (Recht auf eine gute Verwaltung), sowie das vom VfGH aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Gebot "faktisch effizienten" Rechtsschutz zu gewähren, aber auch auf Art 13 EMRK und die sich aus den materiellen Grundrechten der EMRK ergebenden Verfahrensanforderungen außerhalb des Anwendungsbereichs von Art 6 EMRK²¹, eingegangen werden.

-

¹⁷ Bspw die Unschuldsvermutung (Art 6 Abs 2 EMRK; Art 48 Abs 1 GRC), das Doppelbestrafungsverbot (Art 4 7. ZPEMRK; Art 50 GRC), *nemo tenetur se ipsum accusare* (Art 90 Abs 2 B-VG; Art 6 Abs 1 EMRK) oder das Recht auf einen Instanzenzug im Strafverfahren (Art 2 7. ZPEMRK); diese werden auch als Verfahrens*garantien* bezeichnet.

¹⁸ Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts³ (1974) 90 f; *Hagen*, Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre (1972) 84; vgl allgemein zur Unterscheidung von Regeln und Prinzipien *Potacs*, Rechtstheorie² (2019) 105 ff. Man denke insb an die vom VwGH vor Inkrafttreten des AVG aufgestellten "Grundsätze eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens". Von anderen Verfahrensgrundsätzen unterscheidet die Gleichheit im Verfahren, dass sie nicht als Teil eines gegensätzlichen Paares gesehen werden kann (wie etwa Dispositions- und Offizialgrundsatz).

¹⁹ Thienel in Holoubek/Lang 44: genaue Trennung ist "mission impossible".

²⁰ Zum Grundsatz *audiatur et altera pars* bei Fn 15. Zum Verwaltungsverfahren etwa VwGH 13.3.1885 Z 331 B 2452: Verfahrensmangel, weil "entgegen dem Grundsatze des gleichen rechtlichen Gehörs" der von der Beschwerdeführerin beigezogene Sachverständige nicht zur Verhandlung zugelassen wurde (keine Bezugnahme auf Art 2 StGG).

²¹ Wiederin, Rechtsstaatlichkeit und Europäische Menschenrechtskonvention, in Hofmann/Marko/Merli/Wiederin, Rechtsstaatlichkeit in Europa (1996) 295 (306).

1. Faires Verfahren und Waffengleichheit

Neben einer Entscheidung innerhalb angemessener Frist und der Volksöffentlichkeit ist das fair hearing (être entendue équitablement; "in billiger Weise" gehört werden) durch ein unabhängiges, unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht die zentrale Verfahrensgarantie (ieS²²) des Art 6 Abs 1 EMRK. Was ein Verfahren "fair" macht, wurde seit Inkrafttreten der EMRK durch den EGMR konkretisiert, wobei der Waffengleichheit (equality of arms; égalité des armes) früh eine zentrale Rolle zukam.²³ Unabhängig davon ob civil rights oder criminal charges betroffen sind,²⁴ umschreibt der EGMR die Waffengleichheit mit den selben Leitsätzen: ²⁵ Nach ständiger Rechtsprechung verlangt der Grundsatz der Waffengleichheit ein faires Gleichgewicht (fair balance; juste équilibre) zwischen den Parteien.²⁶ Jede Partei muss eine angemessene Möglichkeit haben ihren Fall zu präsentieren – einschließlich ihrer Be-

²² Zur Unterscheidung zw Verfahrensgarantien iwS (inkl institutionell-organisatorischen Geboten) und jenen ieS *Fuchs*, Verfahrensgrundrechte im Eingriffs- und Schrankenmodell? Überlegungen zur Struktur grundrechtlicher Verfahrensgarantien, ZöR 67 (2012) 537 (545).

²³ Im Unterschied zu Art 10 AEMR ("Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing [...]") und Art 14 UN-Zivilpakt ("All persons shall be equal before the courts and tribunals [...]") oder Art 29 Abs 1 Schweizer BV ("Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung [...]") ist die Gleichheit in Art 6 EMRK nicht explizit normiert. Im Text der Rechtsvorschrift bildet somit nur das Wort *fair* bzw *equitable* die Grundlage für das Waffengleichheitsgebot. Zur Rolle der Garantien des Art 6 Abs 3 EMRK vgl *Matscher* in The Right to a Fair Trial 12; *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1997) 601.

²⁴ *Germelmann*, Das rechtliche Gehör 308; zu den in Straf- und Zivilverfahren jeweils unterschiedlichen Anforderungen an ein *fair hearing* vgl *Dijk*, *van/Hoof*, *van/Rijn*, *van/Zwaak*, Theory and practice of the European Convention on Human Rights⁴ (2018) 579; EGMR 18990/91 *Nideröst-Huber/Schweiz* Rz 28.

²⁵ Zur Entwicklung der Waffengleichheitsjudikatur des EGMR in Kürze (diese soll in Kapitel II.B. der Arbeit behandelt werden; vgl unten die vorläufige Gliederung): Der bei Fn 27 wiedergegebenen Leitsatz geht zurück auf die Entscheidung der Europäischen Kommission für Menschenrechte in der Sache X/Schweden (EKMR 434/58). In diesem Fall betreffend eine Sorgerechtsentscheidung (civil right) war – noch ohne Verwendung des Begriffs "Waffengleichheit" und vergleichsweise zögerlich – festgestellt worden, Art 6 Abs 1 EMRK "appears to contemplate that everyone who is a party to civil proceedings shall have a reasonable opportunity of presenting his case to the Court under conditions which do not place him under a substantial disadvantage vis à vis his opponant [sic!]". Der Topos equality of arms fand hingegen über das Strafverfahren seinen Eingang in die EKMRund EGMR-Rechtsprechung (erstmals in EKMR 596/59, 789/60 Pataki und Dunshirn/Österreich: "what is generally called ,the equality of arms', that is the procedural equality of the accused with the public prosecutor, is an inherent element of a ,fair trial"; vgl Fn 13). Der Gerichtshof übernahm den Begriff erstmals in der strafrechtlichen Entscheidung Neumeister/Österreich (EGMR 1936/63 Rz 22). In der Entscheidung Feldbrugge/Niederlande (EGMR 8562/79) wurde die equality of arms erstmals in einem zivilrechtlichen Fall (Sozialversicherungsrecht) geprüft - unter Verweis auf die strafrechtliche Judikatur. In Dombo Beheer/Niederlande (EGMR 14448/88) verknüpfte der EGMR den von der EKMR in X/Schweden aufgestellten Leitsatz mit dem Begriff der "Waffengleichheit" und der fair balance der Parteien. Dieses Gespann wiederum wurde in späterer Folge auch für das Strafverfahren nutzbar gemacht (EGMR 17358/90 Bulut/Österreich). Seitdem sind die Waffengleichheits-Leitsätze für Straf- und Zivilverfahren gleichläufig.

²⁶ EGMR 8562/79 *Feldbrugge/Niederlande* Rz 44; 17502/07 *Avotiņš /Lettland* Rz 119; weitgehend gleichlautend: EuGH C-199/11 *Europese Gemeenschap/Otis* Rz 71; VfGH B 198/02 VfSlg 16.560; VwGH Ra 2014/04/0046 VwSlg 19098 A/2015.

weismittel –, und zwar unter Bedingungen, die sie im Verhältnis zur Gegenseite **nicht wesentlich schlechter** stellen.²⁷ Die einander gegenüberstehenden Parteien müssen verfahrensrechtlich grundsätzlich gleichgestellt werden.²⁸

So können bspw die fehlende Stellungnahmemöglichkeit zu gegnerischen Eingaben,²⁹ ungleiche Möglichkeiten der Akteneinsichtnahme,³⁰ unterschiedliche Fristen,³¹ ungleiche prozessuale Möglichkeiten der Beweiserbringung,³² sowie die Bevorteilung einer Partei durch übermäßige richterliche Manduktion³³ gegen die Waffengleichheit verstoßen. Auch bei praktischen Hindernissen der Fallpräsentation kann dies der Fall sein;³⁴ bei bloß symbolische Vorrechten (etwa erhöhte Podeste für Staatsanwälte im Verhandlungssaal) hingegen nicht.³⁵ Auch die Heranziehung von Sachverständigen wird unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit bewertet.³⁶

Art 14 EMRK – das akzessorische Gleichheitsrecht in Form eines Diskriminierungsverbots³⁷ – hat bei der Herleitung der Waffen*gleichheit* keine Rolle gespielt.³⁸ Mitunter wird auch in Fällen, in denen das komparative Gleichheitselement nicht im Vordergrund steht, vom Waffengleichheitsgrundsatz Gebrauch gemacht;³⁹ ebenso in Fällen in denen (mangels Zustellung) *gar keine* Möglichkeit bestand, sich am Verfahren zu beteiligen.⁴⁰

2. Gleichheitssatz im Verfahren

Naturgemäß stellt sich bei der Behandlung der Gleichheit im Verfahren auch die Frage, inwiefern und welche Rolle gleichheitsrechtliche Überlegungen (iSd Art 2 StGG; Art 7 B-VG; Art 20 GRC) spielen. Die Gleichheit im Verfahren befindet sich konzeptionell an einer Schnittstelle von Verfahrens(grund)rechten und Gleichheitsrechten. Mitunter wird auch – insbesondere in Deutschland und anders als dies in der geplanten Arbeit vorgenommen werden

²⁷ EGMR 35289/11 *Regner/Tschechische Republik* Rz 146; 14448/88 *Dombo Beheer/Niederlande* Rz 33; *Schäffer*, Grundrechtliche Organisations- und Verfahrensgarantien, in *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte VII/1 Grundrechte in Österreich (2009) § 200 Rz 51 gibt diesen Leitsatz zweigeteilt wieder: den ersten Satzteil mit dem Klammerausdruck "rechtliches Gehör", den zweiten ("nicht … benachteiligt") mit "Waffengleichheit".

²⁸ Grabenwarter, Verfahrensgarantien 596.

²⁹ EGMR 13468/87 Brandstetter/Österreich Rz 67; 30428/96 Beer/Österreich Rz 17.

³⁰ VfGH E 1025/2018 VfSlg 20.345 Rz 52 mwN.

³¹ EGMR 38460/97 *Platakou/Griechenland* Rz 47 f.

³² EGMR 14448/88 Dombo Beheer/Niederlande Rz 34; vgl 17748/91 Ankerl/Schweiz Rz 38.

³³ So *Matscher* in The Right to a Fair Trial 16; vgl LGZ Wien 39 R 183/17a MietSlg 69.625.

³⁴ In (extremen) Fällen von Erschöpfung Angeklagter bzw deren Verteidiger: EGMR 10590/83 *Barberà, Messegué und Jabardo/Spanien* Rz 70; 59335/00 *Makhfi/Frankreich* Rz 37 ff "un état de fatigue avait dû placer des accusés dans un état de moindre résistance physique et morale".

³⁵ Wiederin in Fuchs/Ratz § 6 Rz 85; vgl Bötticher, Die Gleichheit vor dem Richter 12.

³⁶ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ (2021) § 24 Rz 75; siehe auch unten Fn 118.

³⁷ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht Rz 756; Sauer, in Karpenstein/Mayer EMRK² (2015) Art 14 Rz 1, 14.

³⁸ Art 14 EMRK eine Rolle zusprechend *Schwab/Gottwald*, Verfassung und Zivilprozess, in *Habscheid*, Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung (1983) 1 (45); *Wiederin* in *Fuchs/Ratz* § 6 Rz 85.

³⁹ EGMR 13427/87 *Stran Greek Refineries und Stratis Andreadis/Griechenland* Rz 46 f (rückwirkende Gesetzgebung während anhängigem Verfahren).

⁴⁰ EGMR 61655/00 Mihalopa/Lettland Rz 23; 66941/01 Zagorodnikov/Russland Rz 30; 27841/07 Orams/Zypern.

soll – der Topos "Waffengleichheit" für die Umschreibung der Geltung des Gleichheitssatzes im Verfahren herangezogen.⁴¹

In mehreren Entscheidungen des VfGH werden aus dem Gleichheitssatz Gebote abgeleitet, die jenen der Waffengleichheitsjudikatur des EGMR stark ähneln.⁴² In der (älteren) Rsp des **VfGH** zur "Waffengleichheit" wurden außerdem der Gleichheitssatz und Art 6 EMRK oft gemeinsam genannt und geprüft.⁴³ Nach *Grabenwarter* ist die Waffengleichheit des Art 6 EMRK ein "Sonderfall des Gleichheitssatzes";⁴⁴ nach *Pöschl* steht diese "im Dienste" des Gleichheitssatzes.⁴⁵

Der Gleichheitssatz – aus dem sowohl komparative als auch nicht-komparative Rechte abgeleitet werden⁴⁶ – vermittelt auch Verfahrensrechte.⁴⁷ So gebietet das – nicht-komparative – Sachlichkeitsgebot etwa in bestimmten Konstellationen die Einräumung von Parteistellung⁴⁸ und verbietet die Aufstellung von unsachlichen Rechtsschutzerschwernissen.⁴⁹ Bestehen bei der Auslegung von Verfahrensgesetzen Ermessensspielräume, so sind diese im Rahmen einer verfassungskonformen Interpretation iSd Gleichheitssatzes auszulegen.⁵⁰ Die Vollziehung verletzt den Gleichheitssatz, wenn sie eine Entscheidung auf gleichheitswidrige Gesetze stützt oder diesen einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt (dies gilt jeweils auch für gleichheitswidrige *Verfahrens*gesetze)⁵¹ oder aber wenn sie Willkür übt.⁵² Bei Verfahrensmängeln nimmt der VfGH Willkür nur bei besonders gravierenden Verstößen an.⁵³ Nicht gänzlich klar ist hingegen, wie das **Unterstellen eines gleichheitswidrigen Inhaltes** iZm Verfahrensvorschriften einzuordnen ist. Während eine *unwesentliche* Bevorteilung einer

⁴¹ Unter Berufung auf das Rechtsstaatsprinzip und Art 3 Abs 1 GG, *Nowak*, § 57 Recht auf ein faires Verfahren, in *Heselhaus/Nowak*, Handbuch der Europäischen Grundrechte (2020) (Rz 27); in Österreich *Thienel* in *Holoubek/Lang* 55 "Der Gleichheitssatz gebietet jedenfalls die *Gleichbehandlung der Parteien* (*Waffengleichheit*)" (Hervorhebung im Original); *Fasching* in Richterwoche 1992,359; *Hagen*, Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre 90; *Fucik* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ Vor § 171 Rz 11.

⁴² VfGH G 7/76 VfSlg 7786 (einseitige Rechtsmittelmöglichkeit für ORF); G 38/79 VfSlg 8687 und B 202/76 VfSlg 8747 (einseitige Einsichtmöglichkeit des Generalprokurators in Entscheidungsentwurf); G161/87 ua VfSlg 11.561 (Ausschluss anwaltlicher Verteidigung im heeresdisziplinarrechtlichen Kommandantenverfahren).

⁴³ VfGH B 266/77 VfSlg 8551 "schwerer Verstoß gegen den Grundsatz der Waffengleichheit und damit gegen das Gleichheitsgebot der Bundesverfassung und gegen [Art 6 EMRK]"; ähnlich G 1374/95 VfSlg 14.610; eine getrennte Prüfung von Art 6 EMRK und Art 7 B-VG nunmehr etwa in G 234/2019 VfSlg 20.349 Rz 32, 37.

⁴⁴ Grabenwarter, Verfahrensgarantien 596; krit Meyer in Karpenstein/Mayer EMRK² (2015) Art 6 Rz 115.

⁴⁵ Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 177.

⁴⁶ *Pöschl*, Gleichheitsrechte, in *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte VII/1² Grundrechte in Österreich (2014) § 192 Rz 11.

⁴⁷ Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht Rz 1367.

⁴⁸ Hengstschläger/Leeb, AVG (2014) § 8 Rz 8; *Pöschl*, Gleichheit 811 ff; zur Abgrenzung von der Gleichheit im Verfahren siehe sogleich unter I.C.3.

⁴⁹ Fuchs, ZöR 67 (2012) 537 (542); Pöschl, Gleichheit 811 ff; dies in Merten/Papier § 192 Rz 72; VfGH G 24/83 VfSlg 10.291 "[Der Gesetzgeber] würde das Gebot des fairen Verfahrens gemäß Art 6 MRK verletzen, aber auch die Grenzen der Sachlichkeit überschreiten und damit gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art 7 B-VG) verstoßen."

⁵⁰ Vgl *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 337; *Pöschl*, Gleichheit 756 mwN.

⁵¹ VfGH B 266/77 VfSlg 8551.

⁵² Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht Rz 791; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 1369; *Stelzer*, Grundzüge des Öffentlichen Rechts³ (2016) 189 f.

⁵³ Berka, Verfassungsrecht Rz 1701; Pöschl in Merten/Papier § 192 Rz 83.

Verfahrenspartei weder Willkür darstellt, noch gegen das Waffengleichheitsgebot des Art 6 EMRK verstößt⁵⁴, bedeutet sie mitunter – zumindest dem Wortlaut nach –, dass eine Verfahrensnorm so ausgelegt wurde, als würde sie eine gleichheitswidrige Ungleichbehandlung vorsehen oder gestatten. Eine gewisse Geringfügigkeitsschwelle ist aber wohl auch hier geboten und eine Orientierung an der Waffengleichheit sinnvoll.

In der Arbeit soll und könnte natürlich nicht auf alle Konsequenzen des Gleichheitssatzes für das Verfahrensrecht eingegangen werden⁵⁵ – für die Gleichheit im Verfahren interessieren nur Vergleiche zwischen den Parteien eines Verfahrens. Zu versuchen, eine Abgrenzung dieser *qua* Gleichheitssatz gebotenen Gleichheit der Parteien von der Waffengleichheit vorzunehmen, ist schon allein durch die jeweils **unterschiedlichen Geltungsbereiche** geboten: ⁵⁶ Art 6 EMRK ist ein Jedermannsrecht – der Gleichheitssatz ein Staatsbürgerrecht;⁵⁷ Art 6 EMRK ist in seinem sachlichen Anwendungsbereich auf Entscheidungen betreffend strafrechtliche Anklagen und zivile Rechte beschränkt und seine Garantien kommen nur auf der (verwaltungs)*gerichtlichen* Ebene ins Spiel – der Gleichheitssatz bindet hingegen die gesamte Vollziehung.⁵⁸

C. Umfang der Gleichheit im Verfahren

Ein Teil der Arbeit soll der Skizzierung verschiedener Gleichheitsverständnisse im Verfahrensrecht dienen. Dies ist erforderlich, um den Umfang grundrechtlicher Verfahrensgleichheitsgarantien klar(er) abstecken zu können. Methodisch gilt es dabei, die aus (grundrechtlichen) Rechtsvorschriften extrapolierbaren Normen zu bestimmen. Dabei wird die Unterscheidung zwischen der gleichwertigen Chance den eigenen Fall zu präsentieren (1.) und der gleichmäßigen Belastung mit Verfahrensrisken (2.) ebenso eine Rolle spielen, wie die Frage, inwiefern ein Ausgleich vorprozessualer Nachteile geboten ist.

1. "Chancengleichheit"

Die vom EGMR geforderte (substantiell) gleiche Möglichkeit den eigenen Fall zu präsentieren wird mitunter als "Chancengleichheit" umschrieben.⁵⁹ Insbesondere in Deutschland hat

⁵⁵ So hat etwa die aus dem Sachlichkeitsgebot abgeleitete Parteistellung (*Wessely*, Eckpunkte der Parteistellung [2008] 111 ff) nichts mit der Gleichheit *im* Verfahren zu tun; ebensowenig die etwaige Gleichheitswidrigkeit divergierender Regelungen in unterschiedlichen Verfahrensarten (dazu *Pöschl* in *Merten/Papier* § 192 Rz 71), vgl unten I.E.

⁵⁴ Zu dessen Geringfügigkeitsschwellen vgl unten in I.C.3.

⁵⁶ Wiederum einen anderen, eigenen Geltungsbereich haben die Art 20, 47 iVm Art 51 Abs 1 GRC ("bei der Durchführung des Rechts der Union").

⁵⁷ Diese Beschränkung des *persönlichen* Anwendungsbereichs wird allerdings durch Art 1 BVG-Rassendiskriminierung relativiert (*Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 757; *Pöschl*, Gleichheit 882).

⁵⁸ *Ermacora*, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte (1963) 57; Wohlgemerkt ist seit 2014 der VfGH gem Art 144 B-VG nicht mehr für Beschwerden gegen Bescheide der Verwaltungsbehörden sondern für solche gegen verwaltungsgerichtliche Erkenntnisse zuständig.

⁵⁹ Peukert, Die Garantie des "fair trial" in der Straßburger Rechtsprechung, EuGRZ 1980, 247 (254); *Germelmann*, Das rechtliche Gehör 314; *Lienbacher*, Verwaltungsstrafverfahren – Anklageprinzip – Menschenrechtskonvention, ZfVB 1986, 536 (543); OGH 16.9.1985 1 Ob 14/85 = RIS-Justiz RS0074920.

sich die "Chancen- und Waffengleichheit" als Begriffspaar etabliert. 60 Als Topos hat die Chancengleichheit den Vorteil klarer zu verdeutlichen, welcher Funktion Gleichheit im Verfahren zukommt und wie diese herzustellen ist: den Parteien muss die **gleiche Chance (iSv Möglichkeit)** geboten werden ihren Fall zu präsentieren. Allerdings hat "die Chance" im Deutschen zwei Bedeutungen: Sie ist sowohl die "günstige Gelegenheit, Möglichkeit, etwas Bestimmtes zu erreichen" als auch die "Aussicht auf Erfolg". 61 Dies führt dazu, dass das – ohnehin schon bedeutungsbeladene 62 – Wort "Chancengleichheit" missverstanden werden kann, als Forderung einer gleichen Erfolgs*wahrscheinlichkeit* 63. Die Wahrscheinlichkeit ("Chance") im Verfahren zu obsiegen, muss jedoch zuvorderst durch die jeweiligen materiellrechtlichen Positionen geprägt sein.

In den meisten Konstellationen, wird die Chancengleichheit durch eine Ausstattung der Parteien mit möglichst gleichen Rechten und einer weitestgehend exakten **Gleichbehandlung** (etwa in Form des beiderseitigen bzw gleichen rechtlichen Gehörs – *audiatur et altera pars*) verwirklicht. Demgemäß wird oft die Bedeutung der Gleichbehandlung der Parteien betont und zuweilen auch von einem "Grundsatz der Gleichbehandlung" gesprochen. ⁶⁴ Im Unterschied zu einem formalen "arithmetischen" ⁶⁵ Gleichbehandlungsgebot, ist das Abstellen auf die im Wesentlichen gleiche Chance, den eigenen Fall zu präsentieren, jedoch ein final determinierter Maßstab. Im Rahmen ihrer Teilnahme am Verfahren haben die Parteien die Möglichkeit durch ihre Stellungnahme auf den **Entscheidungsfindungsprozess einzuwirken**. Insbesondere bei der Feststellung des Sachverhalts – aber auch bei der Lösung von Rechtsfragen ⁶⁶ – hat das rechtliche Gehör der Parteien den Sinn, diesen, als Subjekten des Verfahrens, Einfluss auf den Verfahrensausgang und die zu fällende Entscheidung zu geben. ⁶⁷ Diese Einflussnahmemöglichkeit ist es, die im wesentlich gleichen Umfang bestehen

_

⁶⁰ Zurückgehend auf BVerfG 1 BvR 154/5 NJW 1959, 715 (716); jüngst *Schack*, ZZP 129 (2016) 393 (394); für Österreich siehe VfGH G 274/90 VfSlg 12.649; VwGH 15.9.1987 87/07/0014.

⁶¹ www.duden.de/rechtschreibung/Chance (zuletzt abgerufen am 14.4.2021).

⁶² In noch viel größerem Umfang, als von "Waffengleichheit" (vgl Fn 5), ist von "Chancengleichheit" in verschiedensten (juristischen) Kontexten die Rede: mit der Chancengleichheit von Frauen und Männern sowie jener im Bildungssystem seien nur zwei Beispiele genannt.

⁶³ Meyer in Karpenstein/Mayer Art 6 Rz 116.

⁶⁴ EuGH C-169/14 *Sánchez Morcillo* Rz 48 "Grundsatz der Waffengleichheit oder der verfahrensrechtlichen Gleichbehandlung"; *Nowak* in *Heselhaus/Nowak*, Handbuch der Europäischen Grundrechte² (2020) § 57 Rz 27. ⁶⁵ Vgl zur in die Antike zurückgehenden Unterscheidung der arithmetischen von der geometrischen Gleichheit *Gamper*, "Arithmetische" und "geometrische" Gleichheit im Bundesstaat, in FS Pernthaler (2005) 143 (145); *Kersting*, Philosophische Theorien der Verteilungsgerechtigkeit, in *Baumgartner/Heinricht/Rebhahn/Sutter*, Verteilungsgerechtigkeit im Recht (2017) 1 (2). Zwischen "materieller" und "formeller" Gleichheit zu unterscheiden, kann im Bezug auf verfahrensrechtliche Positionen zuweilen eine gewisse Verwirrung mit sich bringen.

⁶⁶ Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht (1971) 78 f; *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 616

⁶⁷ Vgl *Christensen*, Die Gesetzesbindung in medientheoretischer Analyse, in *Holzwarth/Lambrecht/Schalk/Späth/Zech*, Die Unabhängigkeit des Richters: richerliche Entscheidungsfindung in den Blick genommen (2009) 1 (14 ff); EGMR 19075/91 *Vermeulen/Belgien* Rz 33: Notwendigkeit einer Stellungnahmemöglichkeit "with a view to influencing the court's decision".

muss. Aus funktionaler Sicht, dient die so verstandene (Chancen-)Gleichheit der Verfahrensparteien sowohl der Sachverhaltsfeststellung bzw Wahrheitsfindung,⁶⁸ als auch der Legitimation und Akzeptanz der letztendlich gefällten Entscheidung.⁶⁹

Die Gleichheit im Verfahren nicht formal aufzufassen, führt zur Frage, *inwieweit* ein **Ausgleich** "vor- bzw außerprozessualer" ⁷⁰ Nachteile herzustellen ist. In Situationen, in denen sich "ungleiche" Gegner gegenüberstehen, die etwa stark divergierende finanzielle Prozessgestaltungsmöglichkeiten haben, bietet sich natürlich das Bild der "Waffen*un*gleichheit" in Verbindung mit der Forderung nach ausgleichender Korrektur an. ⁷¹ Ob und inwieweit aber grundrechtliche Bestimmungen eine Ungleichbehandlung zum Aus- bzw Angleichen derartiger Situationen – also die Herstellung proportionaler "geometrischer" Gleichheit ⁷² – fordern, ist umstritten ⁷³, und muss für ein jedes Grundrecht einzeln geprüft werden.

Im Rahmen der **Verfahrensfairness** betrachtet der EGMR bspw die Gewährung von Verfahrenshilfe primär als Frage des *Zugangs* zu Gericht (nicht-komparativ) und nicht als eine der Waffen*gleichheit*;⁷⁴ dem entsprechend liegt dem System der Verfahrenshilfe auch ein pauschalierender Gedanke zu Grunde: gefordert ist *eine* anwaltliche Vertretung, nicht eine *gleichwertige*.⁷⁵ Der **Gleichheitssatz** verlangt idR nicht, dass Bürger "gleichgemacht" werden; indes erfordern benachteiligende Umstände und Merkmale, die sich dem zumutbaren Einfluss des Einzelnen entziehen, mitunter dessen Begünstigung, um nachteilige (mittelbar diskriminierende) Folgen neutral formulierter Vorschriften abzuwenden.⁷⁶

⁻

⁶⁸ Vgl allein *Glaser*, Handbuch des Strafprozesses I (1883) 9 f.

⁶⁹ Luhmann, Legitimation durch Verfahren¹¹ (2019) 104; vgl *Christensen* in *Holzwarth/Lambrecht/Schalk/Späth/Zech* 15; EGMR 30428/96 *Beer/Österreich* Rz 18 "What is at stake is the litigants' confidence in the workings of justice, which is based on, inter alia, the knowledge that they have had the opportunity to express their views on every document in the file".

⁷⁰ Lichtenberg, Der Grundsatz der Waffengleichheit auf dem Gebiet des Verwaltungsprozeßrechts (1974) 53 ff.

⁷¹ Mittermaier, Anleitung zur Vertheidigungs-Kunst im Criminal-Prozesse² 5: der Angeklagte gegenüber dem "Staat als Kläger wegen seiner ausgedehnten Gewalt, seines Ansehens, [...] mit allen zu Gebote stehenden Mitteln versehenen Beamten"; EGMR 68416/01 Steel und Morris/Vereinigtes Königreich Rz 72: McDonalds (Verfahrensaufwand: ca GBP 10 Millionen) und zwei Green-Peace-Aktivisten (Selbstvertretung bzw ehrenamtliche Unterstützung); EuGH C-169/14 Sánchez Morcillo Rz 50: Verbraucher und Bank als Hypothekargläubigerin.

⁷² Pöschl, Gleichheit 165; siehe Fn 65.

⁷³ Meyer in Karpenstein/Mayer Art 6 Rz 115 "Unterschiede brauchen nicht nivelliert zu werden"; Nowak in Heselhaus/Nowak § 57 Rz 27 mwN "gerichtliche Fürsorgepflicht" durch Waffengleichheit geboten; Vollkommer in FS Schwab 519 "materielle Gleichwertigkeit der Prozeßstellung".

⁷⁴ Eine Ausnahme bildet wohl die Entscheidung *Steel und Morris/Vereinigtes Königreicht* (EGMR 68416/01 Rz 59, 62, 72), in der der Waffengleichheitsgrundsatz die Begründung aber ebenfalls nicht trägt.

⁷⁵ Im einstweiligen Unterhaltsverfahren sieht es der OGH (jüngst 3 Ob 201/19h iFamZ 2020/37 [krit *Deixler-Hübner*]) hingegen als erforderlich an, dass der Prozesskostenvorschuss ein Entgegentreten auf "möglichst gleicher juristischer Ebene" ermöglicht, um "Waffengleichheit […] herzustellen" (*in casu* Kostenvorschuss iHv EUR 456.582); ebenso *König*, Einstweilige Verfügungen in Zivilverfahren⁵ (2017) Rz 4.17.

⁷⁶ Pöschl, Gleichheit 673 f, 885.

2. Gebot gleichmäßiger Risikoverteilung?

Gemeinsam mit der Chancengleichheit, wird – zurückgehend auf *Bötticher*⁷⁷ – das gleiche Risiko am Verfahrensausgang bzw eine gleichmäßige Risikoverteilung gefordert⁷⁸ – analog zur Chancengleichheit könnte man hier von "Risikogleichheit" sprechen. Während Chance und Risiko auf den ersten Blick wie zwei Seiten derselben Medaille wirken,⁷⁹ geht diese Forderung mE aber einen entscheidenden Schritt weiter: es wird nicht nur die gleiche Chance (iSv Möglichkeit) auf den Ausgang des Verfahrens Einfluss zu nehmen gefordert, sondern darüber hinaus, dass der Ausgang des Verfahrens (Obsiegen oder Unterliegen) für beide Parteien jeweils gleichmäßig schwerwiegende Konsequenzen zeitigt.

Neben der Rechtskraft, die stattgebenden ebenso wie abweisenden Entscheidungen zufallen müsse,⁸⁰ ist es vor allem das Kostenrisiko, das die Parteien im Verfahren tragen, welches unter dem Gesichtspunkt der Risikogleichheit betrachtet werden kann. Wohlgemerkt ist dies aber – so die These – kein Erfordernis, das sich aus der EGMR-Judikatur zur Waffengleichheit ableiten lässt. Wenn Kosten(ersatz)regelungen auf dem Prüfstand stehen, ist es im Hinblick auf den von Art 6 EMRK geforderten *Zugang* zu Gericht⁸¹ – nicht das Gebot der Waffengleichheit.⁸²

Im Gegensatz dazu, hat sich der VfGH bereits wiederholt *sub titulo* Waffengleichheit mit der Kostenrisikofrage beschäftigt. ⁸³ Dies ist nicht nur im Hinblick auf die diesbezügliche Zurückhaltung des EGMR interessant, sondern auch auf das Selbsttragungsprinzip im Verwaltungsund verwaltungsgerichtlichen Kostenrecht. ⁸⁴ Somit stellt sich die Frage, ob ein Gebot gleichmäßigen Kostenrisikos überhaupt durch Art 6 EMRK (oder den Gleichheitssatz ⁸⁵) geboten ist und falls ja, wodurch dessen Fehlen im Verwaltungsverfahren gerechtfertigt wäre. ⁸⁶

⁷⁷ Bötticher, Die Gleichheit vor dem Richter 15 ff.

⁷⁸ Schack, ZZP 129 (2016) 393 (402); Mindervotum in BVerfG 2 BvR 878/74 NJW 1979, 1925 (1925) "Grundsätzliche Waffengleichheit im Prozeß und gleichmäßige Verteilung des Risikos am Verfahrensausgang sind verfassungsrechtlich gebotene Erfordernisse des Gleichheitssatzes."; zur VfGH-Judikatur siehe Fn 83.

⁷⁹ Dies ist der oben erwähnten (Fn 61) Homonymie des Wortes "Chance" geschuldet.

⁸⁰ Bötticher, Die Gleichheit vor dem Richter 15.

⁸¹ EGMR Kreuz/Polen 28249/95 Rz 60.

⁸² AA *Harris/O'Boyle/Bates/Buckler*, Harris, O'Boyle & Warbrick: law of the European Convention on Human Rights² (2009) 253 mit Verweis auf EGMR 46917/99 *Stankiewicz/Polen*.

⁸³ VfGH G 1374/95 VfSlg 14.610 (Einseitigkeit der Kostenersatzpflicht im oö Jagdrecht gerechtfertigt); G 234/2019 VfSlg 20.349 (fehlende Kostenersatzpflicht des zivilprozessrechtlichen Nebenintervenienten bei gleichzeitiger Kostenersatzpflicht des Gegners gegenüber diesem nicht verfassungswidrig).

⁸⁴ § 74 Abs 1 AVG (iVm § 17 VwGVG); *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrensrecht⁶ (2018) Rz 644, 1086; vgl dahingegen §§ 47 VwGG.

⁸⁵ Zur Unbedenklichkeit unterschiedlicher Kostensysteme in unterschiedlichen Verfahrensarten aus Sicht des Gleichheitssatzes *Pöschl* in *Merten/Papier* § 192 Rz 70.

⁸⁶ Krit zum Fehlen eines Kostenersatzes im Verwaltungsverfahren *Fister*, Kostentragung im öffentlichen Recht de lege lata et ferenda, JBl 2011, 560 .

3. Grenzen der Gleichheit im Verfahren

Bei der Waffengleichheit iSd Art 6 EMRK wird betont, dass es sich bei ihr nicht um ein absolutes Recht handelt.⁸⁷ Tatsächlich ist dieser eine **mehrfache Beschränkung** immanent: Das Verfahren *als Ganzes*⁸⁸ muss eine *wesentlich*⁸⁹ gleiche Möglichkeit der Fallpräsentation gewähren; das Recht hierauf kann wiederum uU gegenüber *überwiegenden Interessen* zurückzutreten haben: So kann gegebenfalls das Recht auf gleiche Akteneinsicht (§ 17 Abs 2 AVG) hinter Geheimhaltungsinteressen zu stellen sein.⁹⁰

Zur Notwendigkeit auch die Anforderung an die gleichheitskonforme Interpretation (bzw das Nicht-Unterstellen eines gleichheitswidrigen Inhalts) nicht zu überspannen vgl schon oben I.B.2.

D. Verwaltungsverfahren und -prozess

Wie erwähnt, verwendet der EGMR eine einheitliche Waffengleichheitsdefinition sowohl für Zivil- als auch Strafverfahren. Yerwaltungs (gerichts) verfahren können sowohl *civil rights* oder *criminal charges* betreffen, als auch außerhalb des Anwendungsbereichs von Art 6 EMRK (und/oder Art 47 GRC) liegen; 2 an den Gleichheitssatz sind Verwaltungsbehörden oder -gerichte im Gegensatz dazu in allen Verfahren gebunden. Trotz grundsätzlicher Gemeinsamkeiten bestehen beachtliche Divergenzen zwischen den verschiedenen Verfahrensarten der österreichischen Rechtsordnung: Straf- und Zivilverfahren, behördliches und verwaltungsgerichtliches Verfahren weisen allesamt jeweils Besonderheiten auf, die eine generische Behandlung der Gleichheit im Verfahren verunmöglichen. Die geplante Arbeit soll sich der Gleichheit im Verfahren und der Art-6-EMRK-Waffengleichheit verstärkt im Bereich des Verwaltungs(gerichts) verfahrens widmen.

1. Verwaltungsverfahren

In den verwaltungsverfahrensrechtlichen Grundlagenwerken wird der Gleichheit im Verfahren nur eingeschränkt Beachtung geschenkt.⁹⁴ Dies mag daran liegen, dass im Verwaltungs-

⁸⁷ VfGH E 1025/2018 VfSlg 20.345 Rz 53; *Germelmann*, Das rechtliche Gehör 313 mwN.

⁸⁸ Wobei natürlich auch Einzelaspekte großen Einfluss auf eine derartige Gesamtwürdigung haben können (vgl *Bachler*, Die allgemeine Mitwirkung der Parteien im Verwaltungsverfahren, ÖJZ 1995, 401).

⁸⁹ Vgl die EGMR-Judikatur in Fn 27.

⁹⁰ VfGH E 1025/2018 VfSlg 20.345 Rz 53; EuGH C-450/06 *Varec* Rz 47; *Hanslik*, Parteiengehör und Geheimnisschutz im Verwaltungsverfahren (2012) 100 ff; *Leeb*, Akteneinsicht versus Betriebs- und Geschäftsgeheimnis VfGH 10. Oktober 2019, E 1025/2018, ÖZW 2020, 30.

⁹¹ Siehe bei Fn 24.

⁹² *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 35 ff, 595.

⁹³ Vgl oben bei Fn 58.

⁹⁴ Keine Behandlung im Rahmen von Verfahrensgrundsätzen, rechtlichem Gehör oder Gleichheitssatz: *Tezner*, Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens (1896) § 17; *Hellbling*, Verwaltungsverfahrensgesetze I (1953) 119, 247 f, 268; *Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954) 223 ff; *Ringhofer*, Verwaltungsverfahren¹¹ (1992) §§ 8, 37; *Hengstschläger/Leeb*, AVG (2005-2014) §§ 8, 37 Rz 11–14, 43; *dies*, Verwaltungsverfahrensrecht (2018) Rz 18 ff, 89; *Grabenwarter*, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit (2011)

verfahren schon von vornherein schwer zu sagen ist, zwischen wem denn überhaupt Gleichheit zu herrschen habe: Im behördlichen *Einparteienverfahren* stehen sich nicht zwei Gegner gegenüber, sondern nur der Bürger als Partei und die entscheidende Behörde. Wenngleich die Behörde amtswegig das öffentliche Interesse zu wahren hat, ist es mE wenig sinnvoll schon in diesem Verfahrensstadium von "Gegnern" und von "Gleichheit" zu sprechen. ⁹⁵ Sehr wohl kann hingegen ein komparativer Maßstab zwischen den einzelnen Parteien eines *Mehrparteienverfahrens* angewandt werden: Hier bietet das Verwaltungsverfahren verschiedenste Konstellationen (Hauptpartei und nebenbeteiligte Partei, Verfahrensgemeinschaft, Amtspartei), ⁹⁶ denen jedoch gemein ist, dass alle Parteien die Möglichkeit gehört zu werden haben müssen (§§ 37 und 43 Abs 3 AVG). In Großverfahren können naturgemäß praktische Schwierigkeiten mit dem (gleichen) Gehör aller Parteien verbunden sein. ⁹⁷

Auf der Ebene des behördlichen Verfahrens kommt die Waffengleichheit als Garantie des Art 6 EMRK noch nicht ins Spiel. Die Gleichheit im Verfahren hat hier einerseits explizite einfachgesatzliche Grundlagen (im allgemeinen Verwaltungsrecht⁹⁸ bspw § 17 Abs 2 AVG; im Sonderverwaltungsrecht etwa das vergaberechtliche Gleichbehandlungsgebot nach § 20 Abs 1 BVergG 2018), andererseits erfordert Art 7 Abs 1 B-VG eine gleichheitskonforme Interpretation⁹⁹ verfahrensrechtlicher Bestimmungen. Dies wirft die Frage auf, inwieweit durch die (gleichheitskonform interpretierten) §§ 8, 37 und 43 Abs 3 AVG eine – mit der unter Art 6 EMRK geforderten Waffengleichheit vergleichbare – (abgeschwächte) Chancengleichheit gefordert ist.

^{53;} *Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrensrecht⁶ (2018) Rz 37; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht¹¹ (2019) Rz 268, 319 ff, 334; eine gewisse Ausnahme bildet die Literatur zu § 17 Abs 2 (Abs 3 aF) AVG.

95 Die Frage, zwischen wem "Waffengleichheit" herzustellen ist und ob auch in einem nicht-kontradiktorischen Inquisitionsverfahren, in dem nur eine Partei dem Richter bzw der Behörde gegenübersteht, von solcher gesprochen werden kann, ist so alt wie der juristische Waffengleichheitsbegriff selbst (vgl Fn 6). Es kann aber mE nicht von einer *gleichen* Chance, den eigenen Fall zu präsentieren, die Rede sein, wenn die "gegnerische" Behörde weniger einen Fall präsentiert, als dass sie eine Entscheidung findet und fällt; wohl aA *Grabenwarter* (Verfahrensgarantien 598), der den Waffengleichheitsgrundsatz in einem Einparteien-UVS-Verfahren zum Tragen kommen sieht, da hier die Partei ihre Interessen angemessen vertreten können müsse (wenngleich ein auf ein nicht-komparatives Element verringerter Waffengleichheitsgrundsatz vertretbar ist [= angemessene Möglichkeit den Fall zu präsentieren], lässt dieses – seit 2014 rein historische – Szenario wohl den ebenfalls durch Art 6 EMRK vorgegebenen Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens außer acht, welchem ein UVS-Verfahren ohne Gegner nicht geworden wäre).

⁹⁶ Hengstschläger/Leeb, Verwaltungsverfahrensrecht⁶ 87 f, 91.

⁹⁷ Vgl zur gleichen Akteneinsicht *Kante*, Verwaltungsrechtliche Großverfahren (2001) 195; *Hanslik*, Parteiengehör und Geheimnisschutz im Verwaltungsverfahren 102.

⁹⁸ Eine generalklauselhafte Anordnung der Gleichheit bzw Gleichbehandlung der Parteien gibt es im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht ebensowenig wie im Zivil- bzw Strafverfahren.

⁹⁹ Schon allein eine Wortlautinterpretation ergibt allerdings, dass Rechte, die das Gesetz "den Parteien" gewährt, allen Parteien iZw in gleichem Umfang zustehen (vgl *Thienel* in *Holoubek/Lang* 53).

2. Verwaltungsgerichtsbarkeit

Die Garantien des Art 6 EMRK und Art 47 GRC werden seit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 zuvorderst durch die elf Verwaltungsgerichte (erster Instanz) gewährleistet. ¹⁰⁰ Auf dieser Ebene muss somit auch dem Waffengleichheitsgebot entsprochen werden, also den Parteien die Möglichkeit geboten werden ihren Standpunkt unter im Wesentlichen gleichen Bedingungen zu präsentieren ("Chancengleichheit"). Die Behörde – im Verwaltungsverfahren noch das entscheidende Organ – steht dem beschwerdeführenden Bürger nunmehr als Gegnerin gegenüber (§ 18 VwGVG); Einparteienverfahren gibt es auf dieser Ebene nicht. Auch die durch die Behörde repräsentierte Körperschaft kann in einem ihr zustehenden Recht auf Waffengleichheit verletzt werden. ¹⁰¹ Ebenso genießen aber auch die anderen (mitbeteiligten) Parteien des Verwaltungsverfahrens Parteistellung (§ 8 AVG iVm § 17 VwGVG). Es gilt somit eine "differenzierte Waffengleichheit" zu wahren. ¹⁰²

E. Abgrenzungen

Im Rahmen der Arbeit wird zu versuchen sein – entweder an den einschlägigen Stellen oder in einem eigenen "Definitionenkapitel" – die Gleichheit im Verfahren bzw den Waffengleichheitsbegriff des EGMR, von anderen Topoi abzugrenzen.

• Unscharfe Begrifflichkeiten, wie "Gleichheit im Verfahren" oder "Waffengleichheit", laden mitunter dazu ein ausufernd angewandt zu werden. Hier ist es jedoch erforderlich festzuhalten, wo die Verwendung eines Begriffs als Bezug auf bestimmte grund- bzw verfahrensrechtliche Normen gemeint ist, und wo die Forderung nach "(Waffen-)Gleichheit" lediglich als rhetorisches Stilmittel zur Untermauerung rechtspolitischer Forderungen dient. So ist etwa der gedankliche Weg von der vom EGMR geforderten fair balance zwischen den Verfahrensparteien¹⁰³ zu dem "in einer liberalen Verfassungsordnung notwendigen" angemessenen Ausgleich beteiligter Interessen¹⁰⁴ nicht weit. Dennoch sollte von der Bezugnahme auf die (Waffen-)Gleichheit im Verfahren abgesehen werden, wenn es um die Begründung materiellrechtlicher Positionen geht. Dem entsprechend wäre etwa die Frage, ob in einem Verfahren überhaupt Parteistellung besteht oder zu gewähren ist, keine Frage der Verfahrensgleichheit;¹⁰⁵ ebensowenig sind dies die gleichheitskonforme Auslegung des materiellen Rechts durch das Gericht oder die gleichmäßige Normanwendung über eine Vielzahl von Verfahren hinweg.¹⁰⁶ Auch ist mE die gesetzliche

¹⁰⁰ Holoubek, Die Rolle der Verwaltungsgerichte im Lichte der Zuständigkeiten des VwGH, in Holoubek/Lang, Das Verfahren vor dem VwGH (2015) 341 (355); vgl *Pabel*, Verwaltungsgerichtsbarkeit – Wesen und Wandel, ZöR 67 (2012) 61 (79).

¹⁰¹ Vgl *Berka/Binder/Kneihs*, Die Grundrechte² (2019) 124.

¹⁰² Grabenwarter, Verfahrensgarantien 599.

¹⁰³ Oben bei Fn 26; wohlgemerkt wird eine *fair balance* vom EGMR selbst nicht ausschließlich iZmd Waffengleichheit verlangt, sondern auch bei Abwägung der Konventionsrechte mit Allgemeininteressen (vgl EGMR 13616/88 *Hentrich/Frankreich* Rz 49; 56402/12 *Correia de Matos/Portugal* Rz 117)

¹⁰⁴ Zuletzt VfGH 14.7.2020 V 363/2020 Rz 50; 1.10.2020 V405/2020 Rz 28.

¹⁰⁵ Vgl *Hellbling*, Verwaltungsverfahrensgesetze I 125.

¹⁰⁶ Fasching in Richterwoche 1992, 362 "Gleichheit der Rechtsanwendung".

Beweislastverteilung und deren etwaige gerichtliche Korrektur so eng mit der materiellrechtlichen Rechtslage verknüpft, ¹⁰⁷ dass diese nicht primär als Problematik der Gleichheit *im Verfahren* erörtert werden sollte. ¹⁰⁸

- Gemeinsam mit der Waffengleichheit spielt der Begriff des kontradiktorischen Verfahrens (adversarial principle; principe du contradictoire) eine zentrale Rolle in der Rechtsprechung des EGMR.¹⁰⁹ Es besagt, dass die Parteien die Möglichkeit haben müssen, Kenntnis von sämtlichen Beweisen und Stellungnahmen zu erlangen und diese zu erörtern.¹¹⁰ Während bei der Waffengleichheit das komparative Ziel einer weitgehend gleichen Einwirkungsmöglichkeit im Vordergrund steht, geht es beim kontradiktorischen Prinzip um ein von den Möglichkeiten der gegnerischen Seite unabhängig gesehenes Recht auf effektive Mitwirkung.¹¹¹
- Während die faire Verfahrensführung iSd Art 6 Abs 1 EMRK in der Judikatur des EGRM vor allem durch die Grundsätze des kontradiktorischen Verfahrens und der Waffengleichheit geprägt wird, spielt im deutschsprachigen Rechtsraum der vom EGMR beinahe kaum verwendete Begriff des **rechtlichen Gehörs** eine markante Rolle.¹¹² Interessant ist hierbei die Rechtsprechung des EuGHs, der sowohl in den Fußstapfen des EGMR zu Waffengleichheit und kontradiktorischem Verfahren judiziert, als auch das *right to be heard* als Grundsatz des Europarechts und Teilgewährleistung des Art 47 GRC führt.¹¹³
- Die Gleichbehandlung der Verfahrensparteien durch das entscheidende Organ setzt dessen Unparteilichkeit voraus. Umgekehrt kann eine Ungleichbehandlung unter Umständen fehlende Unparteilichkeit indizieren;¹¹⁴ so wird es sich mE in den meisten Fällen von ungleichem "informalen Verwaltungshandeln"¹¹⁵ wenn überhaupt um bloße Indizien von Parteilichkeit handeln und nicht um Verletzungen der (Chancen-)Gleichheit im Verfahren. Die Nähe einer Partei zum Spruchkörper kann sowohl als ungerechtfertigter

¹⁰⁷ Vgl *Rechberger*, Zur prozessualen Waffengleichheit im Arzthaftungsprozeß, in FS Tomandl (1998) 649 (659) mit Verweis auf die "(materiellrechtlichen) Gerechtigkeitsüberlegungen" die Beweislastverteilungen zugrundeliegen.

¹⁰⁸ So aber Bötticher, Die Gleichheit vor dem Richter 16; BVerfG 2 BvR 878/74 NJW 1979, 1925 (1925).

¹⁰⁹ Zur Abgrenzung von der Waffengleichheit: EGMR 13468/87 *Brandstetter/Österreich* Rz 66 f; 18990/91 *Nider-Öst-Huber/Schweiz* Rz 23, 28; 35376/97 *Krčmář/Tschechische Republik* Rz 39 f; VfGH B 198/02 VfSlg 16.560.

¹¹⁰ EGMR 15764/89 *Lobo Machado/Portugal* Rz 31; 19075/91 *Vermeulen/Belgien* Rz 33; ebenso EuGH C-450/06 *Varec* Rz 47.

¹¹¹ Vgl *Dijk, van/Hoof, van/Rijn, van/Zwaak*, Theory and practice of the European Convention on Human Rights 582. Zuweilen wird unter "kontradiktorischem Verfahren" aber auch einjedes Verfahren verstanden, in dem sich zwei Parteien gegenüberstehen (*Fasching*, Zivilprozeßrecht² Rz 18).

¹¹² *Germelmann*, Das rechtliche Gehör 30, 238, 360 ff. Zwar steckt das rechtliche Gehör sehr wohl im englischen Text des Art 6 EMRK (*fair hearing*). Als eigenständiger Begründungstopos – von der Bedeutung der Waffengleichheit und Kontradiktorik – hat sich das *right to be heard* aber nicht etabliert.

EUGH C-234/84 Meura Rz 27; C-394/07 Gambazzi Rz 47; C-348/16 Sacko Rz 34 ff; Lenaerts/Maselis/Gutman, EU Procedural Law (2014) Rz 11.50; Alber in Tettinger/Stern, Europäische Grundrechte-Charta (2006) Art 47 Rz 59 ff; Nowak in Heselhaus/Nowak Rz 36 f.

¹¹⁴ ZB LGZ Wien 42 R 561/09z EFSlg 128.176 (Befangenheit bei auffallend einseitiger Verhandlungsführung).

¹¹⁵ Vgl *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 682, die Möglichkeit von Verletzungen der Waffengleichheit andeutend.

Nachteil der anderen Partei gesehen werden,¹¹⁶ als auch als ein die Unparteilchkeit des entscheidenden (Kollegial-)Organs beeinträchtigender Umstand.¹¹⁷ Die (fehlende) Unparteilichkeit von (Amts-)Sachverständigen, wird vom EGMR unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit thematisiert.¹¹⁸

- Von der Frage der (Waffen-)Gleichheit im Verfahren ist jene des (effektiven) Zugangs zu Gericht¹¹⁹ schwer zu trennen.¹²⁰ Wie oben erwähnt, betrachtet der EGMR die Notwendigkeit der Gewährung von Verfahrenshilfe primär aus der Perspektive des Zugangs zu Gericht und nicht aus jener der Waffengleichheit dabei kommt er aber mitunter um komparative Begründungselemente nicht umher.¹²¹ Auch die oben angesprochene Risikogleichheit ist wohl zuvorderst als Zugangsproblematik zu behandeln.
- Im Hinblick auf den Gleichheitssatz wird festzustellen sein, inwieweit Gebote der Gleichheit im Verfahren hinausgehen über einen bloßen Schutz vor Willkür¹²² (These: die Verfahrensgleichheit kann auch verletzt sein, ohne dass willkürlich gehandelt wurde) und Diskriminierung¹²³ (These: das Abzielen auf verpönte Merkmale ist für Verletzungen der Verfahrensgleichheit nicht vorausgesetzt; wohl aber können bestimmte Merkmale, ausgleichende Maßnahmen erforderlich machen bspw Verfahrenshilfe oder Dolmetscher).

¹¹⁶ EGMR 12005/86 *Borgers/Belgien* Rz 24: die Teilnahme des belgischen *procureur général* an den Beratungen des *Cour de Cassation* beeinträchtigte zwar nicht die Unabhängigkeit des Gerichts (so schon in 2689/65 *Delcourt/Belgien*), jedoch war dadurch die Waffengleichheit verletzt (Betonung der *importance attached to appearances*).

¹¹⁷ So der Hergang im, für den Satz "justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done" berühmten, englischen Fall *The King v Sussex Justices ex parte McCarthy* (King's Bench Division [1924] 1 KB 256) – auch hier war die bloße *appearance* des Umstandes ausschlaggebend, dass die Kanzlei, deren Partner der dem Gericht assistierende *clerk* war, die unterliegende Partei vertreten hatte.

¹¹⁸ EGMR 8658/79 Bönisch/Österreich Rz 32 ff; 31930/04 Sara Lind Eggertsdóttir/Island Rz 47; vgl aber 13468/87 Brandstetter/Österreich Rz 45; vgl auch VfGH G 180/2014 ua VfSlg 19.959 (Waffengleichheit gebietet Möglichkeit der Ablehnung von Sachverständigem), dazu Rebisant, Waffengleichheit beim Sachverständigenbeweis: OGH, VfGH und StPRÄG 2014, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2015, 205 (212); zum Verwaltungsverfahren: Merli, Unabhängiges Gericht und abhängiger Sachverstand, ZfV 2015, 28 (33).

¹¹⁹ Grundlegend zum Recht auf Zugang nach Art 6 EMRK: EGMR 4451/70 Golder/Vereinigtes Königreich.

¹²⁰ Fasching in Richterwoche 1992, 360 "Gleicher Zugang zu Gericht" und "Gleichheit vor dem Richter".

¹²¹ EGMR 6289/73 Airey/Irland Rz 24; 68416/01 Steel und Morris/Vereinigtes Königreich Rz 59.

¹²² Vgl oben Fn 52, 53.

¹²³ Knoibs Posender

¹²³ Kneihs, Besondere Diskriminierungsgründe und allgemeine Gleichheit, ZöR 74 (2019) 729; *Pöschl* in *Merten/Papier* § 192 Rz 12, 96 ff.

II. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung soll in zwei Hauptteilen erfolgen. Einerseits sollen der Waffengleichheitsbegriff des EGMR und das Konzept der Gleichheit im Verfahren aus grundrechtlicher und verfahrenstheoretischer Sicht betrachtet werden. Anschließend soll die Relevanz der dabei gewonnenen Erkenntnisse im Verwaltungs(gerichts)verfahren untersucht werden. In beiden Teilen kommt der Judikatur des EGMR eine herausragende, aber nicht ausschließliche Rolle zu.

A. Methodik

Die Arbeit soll versuchen, anhand der klassischen Auslegungsmethoden zur Systematisierung der Gleichheit im Verfahren und somit auch zur dogmatischen Schärfung des Begriffs der "Waffengleichheit" beizutragen. Dabei soll eine Judikaturanalyse vorgenommen werden und die einschlägige verfassungs- und verwaltungsverfahrensrechtliche Literatur herangezogen werden. Straf- und zivilprozessuale Literatur und Rechtsprechung sollen ebenso wie deutsche und europarechtliche Quellen ergänzend berücksichtigt werden.

B. Aufbau der Arbeit

Nach einer Einleitung (I.) soll Kapitel II. Ursprung und Entwicklung des Waffengleichheitsbegriffs beleuchten. Im Rahmen des Kapitels soll auch herausgearbeitet werden, dass der Begriff "Waffengleichheit" und die Gleichheit im Verfahren als (übergeordnetes) Prinzip nicht immer deckungsgleich verstanden werden können.

Kapitel III. soll in Kürze versuchen unterschiedliche Verständnisse, die der Gleichheit im Verfahren zugrunde gelegt werden können, zu gliedern. Im Unterschied zu der hier – im Exposé – gewählten Reihenfolge, soll dies *vor* der genaueren Darstellung der jeweiligen Grundlagen erfolgen, um im darauffolgenden Kapitel IV. bereits mit systematisierte(re)n Begrifflichkeiten arbeiten zu können (gewisse Vorgriffe werden dabei aber nicht vermeidbar sein).

Kapitel **IV.** wird das längste Kapitel sein und den Kern der Arbeit darstellen. In ihm werden unterschiedliche Grundrechte daraufhin untersucht, in welchen der im vorhergehenden Kapitel skizzierten Umfängen sie Gleichheit im Verfahren sichern. Dabei ist zwischen der Bindung des Gesetzgebers und jener der Vollziehung zu differenzieren. Im Vordergrund stehen das Waffengleichheitsgebot des Art 6 EMRK und der allgemeine Gleichheitssatz.

Nach diesen grundrechtlich-verfahrenstheoretischen Kapiteln soll sich das Kapitel **V.** konkret dem Verwaltungsverfahren und -prozess widmen, Besonderheiten der Gleichheit im Verfahren und der EGMR-Waffengleichheit in diesen hervorheben, und Stellung zu ausgewählten Problematiken nehmen.

In einem Schlusskapitel (**VI.**) soll eine Zusammenfassung und allenfalls ein Ausblick für den Umgang mit dem Waffengleichheitstopos sowie Wiedergabe der wichtigsten Thesen geboten werden.

C. Forschungsfragen

- Wo hat der Begriff, Waffengleichheit" als verfahrensrechtlicher Topos seinen Ursprung und wie ist ihm seine heutige Bedeutung zugekommen?
- Welche Dimensionen von Gleichheit können im Verfahrensrecht im Allgemeinen unterschieden werden?
 - Welche sind (inwieweit) verfassungs-, konventions- oder europarechtlich determiniert?
 - o Welche sind (inwieweit) im Verwaltungsverfahren oder –prozess relevant?
- Wo überlagern sich und wodurch unterscheiden sich die Waffengleichheit als Element eines fairen Verfahrens iSd Art 6 EMRK und verfahrensrechtliche Gleichheitsgebote auf Grundlage des allgemeinen Gleichheitssatzes?
- Inwieweit ist ein Ausgleich vorprozessualer Nachteile grundrechtlich geboten?
- Inwieweit ist eine gleiche Verteilung von (Kosten-)Risken grundrechtlich geboten?

III. Vorläufige Gliederung

- I. Einleitung
 - A. Problemfelder / Überblick
 - B. Methodik
- II. "Waffengleichheit" Begriffsgenese
 - A. Ursprung
 - B. Übernahme durch den EGMR
 - C. Parallele Entwicklungsstränge
 - D. "Waffengleichheit" und Gleichheit im Verfahren
- III. Gleichheit im Verfahren
 - A. Umfang
 - 1. Formale Gleichbehandlung bzw -berechtigung
 - 2. "Chancengleichheit"
 - 3. Gleichmäßige Risikoverteilung
 - B. Verfahrenstheoretische Funktion
 - C. Abgrenzungen
- IV. Grundrechtliche Anforderungen
 - A. Allgemeines / Verfahrensgrundrechte
 - 1. Verfahrensgrundsätze und -grundrechte
 - 2. Vollziehung und Gesetzgeber
 - B. Gebot des fairen Verfahrens
 - 1. EGMR und Waffengleichheit
 - 2. VfGH und Waffengleichheit
 - 3. EuGH und Art 47 GRC
 - 4. Einordnung
 - C. Gleichheitssatz
 - 1. VfGH-Judikatur
 - 2. Einordnung
 - D. Weitere Grundlagen?
- V. Besonderheiten in Verwaltungsverfahren und -prozess
 - A. Vergleich mit Zivil- und Strafverfahren
 - B. Verwaltungsverfahren
 - 1. Einparteienverfahren?
 - 2. Mehrparteienverfahren
 - C. Verwaltungsgerichtsbarkeit
 - D. Verwaltungsstrafverfahren
- VI. Schluss
 - A. Zusammenfassung / Ergebnisse
 - B. Ausblick

IV. Vorläufiger Zeitplan

SoSe 2020	Themensuche Betreuerzusage "Beschreibung des Dissertationsvorhabens" Inskription
WiSe 2020/21	Bewerbung Doktoratsschule <i>ars iuris</i> Seminar (<i>ars iuris</i>) Recherche Arbeit am Exposé
SoSe 2021	VO Angewandte Methoden der Rechtswissenschaften 380026 Fertigstellung Exposé Vorstellungsseminar / FÖP Seminar (<i>ars iuris</i>) Dissertationsvereinbarung + Themen/Betreueranmeldung
WiSe 2021/22	Rohfassung Kapitel II. Seminar im Dissertationsfach
SoSe 2022	Rohfassung Kapitel III. und IV. Seminar im Dissertationsfach
WiSe 2022/23	Rohfassung Kapitel V. / Überarbeiten der Dissertation
SoSe 2023	Kapitel I. und VI. / Fertigstellung der Dissertation / Puffer
WiSe 2023/24	Einreichen der Dissertation & Defensio

V. Vorläufiges Literaturverzeichnis

Antoniolli, Gleichheit vor dem Gesetz, ÖJZ 1956, 646

Bauer, Verwertungsverbote zur Gewährleistung von Waffengleichheit (2015)

Baumgärtel, Chancengleichheit vor Gericht: Utopien und Möglichkeiten, in FS Lange (1976) 943

—, Ausprägungen der prozessualen Grundprinzipien der Waffengleichheit und der fairen Prozeßführung im zivilprozessualen Beweisrecht, in FS Matscher (1993) 29

Berka/Binder/Kneihs, Die Grundrechte: Grund- und Menschenrechte in Österreich² (2019)

Birklbauer, Privatsachverständige und Waffengleichheit – oder: Wie ernst ist es dem OGH mit dem Grundrechtsschutz? JSt 2013, 163

Bötticher, Die Gleichheit vor dem Richter (1954)

—, Gleichbehandlung und Waffengleichheit: Überlegungen zum Gleichheitssatz (1979)

Cheng, General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals (1953)

Dijk, van/Hoof, van/Rijn, van/Zwaak, Theory and practice of the European Convention on Human Rights⁴ (2018)

Fasching, Die Bedeutung des Gleichheitssatzes für das zivilgerichtliche Verfahren, in Richterwoche 1992: Grund- und Freiheitsrechte in der gerichtlichen Praxis (1993) 339

Fawcett, The application of the European Convention on Human Rights (1969)

Fister, Kostentragung im öffentlichen Recht de lege lata et ferenda, JBl 2011, 560

Fuchs, Verfahrensgrundrechte im Eingriffs- und Schrankenmodell? Überlegungen zur Struktur grundrechtlicher Verfahrensgarantien, ZöR 67 (2012) 537

Gaede, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK (2007)

Garland, Waffengleichheit im Vorverfahren (2019)

Germelmann, Das rechtliche Gehör vor Gericht im europäischen Recht (2014)

Grabenwarter, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1997)

Hanslik, Parteiengehör und Geheimnisschutz im Verwaltungsverfahren (2012)

Harbich, Über die Waffengleichheit im Strafprozeß, RZ 1970, 1, 26, 47

Harris/O'Boyle/Bates/Buckler, Harris, O'Boyle & Warbrick: law of the European Convention on Human Rights² (2009)

Holoubek, Die Rolle der Verwaltungsgerichte im Lichte der Zuständigkeiten des VwGH, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem VwGH (2015), 341

Holzinger, Rechtsstaat und Verwaltungsverfahren, in FS Walter (1991) 271

Jabloner, Die "Garantien der Verwaltung" und ihre Entwicklung, in FS 75 Jahre Bundesverfassung (1995) 25

Jacobs, The European Convention on Human Rights (1975)

Jantscher, Das verwaltungsgerichtliche Verfahren zwischen Partei- und Inquisitionsprozess, in Ehrke-Rabel/Merli (Hrsg), Die belangte Behörde in der neuen Finanz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) 1

Kante, Verwaltungsrechtliche Großverfahren (2001)

König, Chancengleichheit im und vor dem Gerichtssaal, AnwBl 1978, 55

Kopetzki, Art. 5 und 6 EMRK und das österreichische Verwaltungsverfahrensrecht, EuGRZ 1983, 173

Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht (1971)

- Kneihs, Die Rechte des Beschuldigten im Verwaltungsstrafverfahren, in Holoubek/Lang (Hrsg), Allgemeine Grundsätze des Verwaltungs- und Abgabenverfahrens (2006), 171
- Laurer, Der Grundsatz des fair trial (Art 6 MRK) in den von der Zivilprozeßordnung beherrschten Verfahressystemen, in FS Adamovic (1992) 314
- *Leeb*, Akteneinsicht versus Betriebs- und Geschäftsgeheimnis VfGH 10. Oktober 2019, E 1025/2018, ÖZW 2020, 30
- Lehofer, Parteienrechte im Verwaltungsverfahren, in Holoubek/Lang (Hrsg), Allgemeine Grundsätze des Verwaltungs- und Abgabenverfahrens (2006),
- Lichtenberg, Der Grundsatz der Waffengleichheit auf dem Gebiet des Verwaltungsprozeßrechts (1974)
- Lienbacher, Verwaltungsstrafverfahren Anklageprinzip Menschenrechtskonvention, ZfVB 1986, 536
- Maier, Die belangte Behörde als Partei im Verfahren vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten, in Ehrke-Rabel/Merli (Hrsg), Die belangte Behörde in der neuen Finanz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) 17
- Matscher, Die Verfahrensgarantien der EMRK in Zivilrechtssachen, ZöR 31 (1980) 1
- —, Art. 6 EMRK und verfassungsgerichtliche Verfahren, EuGRZ 1993, 449
- ——, The Right to a Fair Trial in the Case Law of the Organs of the European Convention of Human Rights, in European Commission for Democracy through Law (Hrsg), The Right to a Fair Trial (2000), 10
- Merli, Rechtsstaatlichkeit in Österreich, in Hofmann/Marko/Merli/Wiederin (Hrsg), Rechtsstaatlichkeit in Europa (1996), 83
- —, Unabhängiges Gericht und abhängiger Sachverstand, ZfV 2015, 28
- Meyer in Karpenstein/Mayer, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar² (2015) Art 6
- Meyer-Ladewig/Harrendorf/König in Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, von (Hrsg), Europäische Menschenrechtskonvention Handkommentar (2017) Art 6
- *Mittermaier*, Anleitung zur Vertheidigungskunst im deutschen Strafprocesse und in dem auf Mündlichkeit und Oeffentlichkeit gebauten Strafverfahren⁴ (1845)
- Nowak, Recht auf ein faires Verfahren, in Heselhaus/Nowak (Hrsg), Handbuch der Europäischen Grundrechte (2020) § 57
- Oswald, Die Parteien im Verfahren vor dem VwGH, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem VwGH (2015) 225
- Pabel, Justizgrundrechte, in Grabenwarter/Pabel (Hrsg), Europäischer Grundrechteschutz (2014) 805
- Peukert, Die Garantie des "fair trial" in der Straßburger Rechtsprechung, EuGRZ 1980, 247
- Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008)
- ——, Gleichheitsrechte, in *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1² Grundrechte in Österreich (2014) § 14
- *Pühringer*, Akteneinsicht im Vergleich zwischen allgemeinem Verwaltungsverfahren, Abgabenverfahren, verwaltungsbehördlichem und gerichtlichem Finanzstrafverfahren (2018)
- *Pühringer/Ziehensack*, Das Recht auf Akteneinsicht im Verwaltungs-, Abgaben-, Finanzstraf- und Zivilverfahren (2020)
- Rebisant, Waffengleichheit beim Sachverständigenbeweis: OGH, VfGH und StPRÄG 2014, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2015, 205
- Rechberger, Zur prozessualen Waffengleichheit im Arzthaftungsprozeß, in FS Tomandl (1998), 649
- Rechberger/Oberhammer, Das Recht auf Mitwirkung im österreichischen Zivilverfahren im Lichte von Art. 6 EMRK, ZZP 106 (1993) 347

- Safferling, Audiatur et altera pars die prozessuale Waffengleichheit als Prozessprinzip?, NStZ 2004, 181
- Saladin, Das Verfassungsprinzip der Fairness: Die aus dem Gleichheitsprinzip abgeleiteten Verfassungsgrundsätze, in FS 100 Jahre Bundesgericht (1975) 41
- Schack, Waffengleichheit im Zivilprozess, ZZP 129 (2016) 393
- Schäffer, Grundrechtliche Organisations- und Verfahrensgarantien, in Merten/Papier (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1 Grundrechte in Österreich (2009) § 200
- Scholler, Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit (1969)
- Sundelin, Die Losungsworte: "Untersuchungsprinzip" "Anklageprinzip" in ihrer mißbräuchlichen Anwendung und Nachweis der Letzteren an der beliebten Forderung einer sogen. Waffengleichheit zwischen dem Staatsanwalt und Angeklagten in der Hauptverhandlung, Die Strafrechtspflege in Deutschland 5 (1858) 41
- Tanzer, Die Rolle der belangten Behörde im Verfahren der Verwaltungsgerichte und der Eintritt oberster Organe, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht (2014) 285
- Tettinger, Fairness und Waffengleichheit: rechtsstaatliche Direktiven für Prozeß und Verwaltungsverfahren (1984)
- Tezner, Das österreichische Administrativverfahren (1922)
- —, Die rechtsbildende Funktion der österr. verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung (1925)
- Thienel, Allgemeine Grundsätze des Verwaltungsverfahrens verfassungsrechtliche, gemeinschaftsrechtliche und gesetzliche Verankerung, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Allgemeine Grundsätze des Verwaltungsund Abgabenverfahrens (2006) 43
- Vogler, Die Spruchpraxis der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Bedeutung für das deutsche Straf- und Verfahrensrecht, ZStW 82 (1970) 743
- Vollkommer, Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß eine neue Prozeßmaxime? in FS Schwab (1990)
- Wacke, Audiatur et altera pars: Zum rechtlichen Gehör im römischen Zivil- und Strafprozeß, in FS Waldstein (1993) 369
- Walter, Verfassung und Gerichtsbarkeit (1960)
- Wessely, Eckpunkte der Parteistellung (2008)
- Wiederin, Rechtsstaatlichkeit und Europäische Menschenrechtskonvention, in Hofmann/Marko/Merli/Wiederin (Hrsg), Rechtsstaatlichkeit in Europa (1996) 295
- ---, Die öffentliche Hand als Partei und Behörde, in FS Stolzlechner (2013) 741
- —, Rechtliches Gehör, in Fuchs/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung (2014) § 6
- Wurst, Die Verfahrensgrundsätze im Zivilprozeß und im allgemeinen Verwaltungsverfahren, JBI 1960, 631
- Zuck, Das verfassungsrechtliche Fundament der prozessualen Waffengleichheit, EuGRZ 2020, 1