

Verfassungsrechtliche Vorgaben für Abweichungen vom AVG

Laura Pavlidis

- 1. Einleitung**
 - 1.1. System der Gesetzgebungskompetenz für das Verwaltungs- (gerichts-)verfahren
 - 1.2. Erforderlichkeit im Kompetenzrecht – wie denken?
- 2. Schranken- und Funktionslogik des kompetenzrechtlichen Erforderlichkeitskriteriums**
 - 2.1. Gegensätzliche Stoßrichtungen
 - 2.2. (Dynamisches) Regel-Ausnahme-Verhältnis
- 3. Kompetenzrechtliche Erforderlichkeitsprüfung**
 - 3.1. Zweck-Mittel-Relation
 - 3.2. Struktur
 - 3.3. Inhalt
 - 3.4. Rechtsstaatliche und grundrechtliche Dimension
- 4. Schluss – kompetenzrechtliche Erforderlichkeit ...**
 - 4.1. ... strukturell gedacht
 - 4.2. ... inhaltlich gedacht

1. Einleitung

Abweichungen vom Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz, dem AVG, müssen, wie Gesetze im Allgemeinen, staatsorganisations-/funktionsrechtlichen und grundrechtlichen Vorgaben entsprechen. Im Speziellen fällt als verfassungsrechtliche Vorgabe zu- vorderst die Kompetenzbestimmung des Art 11 Abs 2 B-VG ein, in der sich – wie zu zeigen sein wird – kompetenzrechtliches und grundrechtliches Denken verschränken.

1.1. System der Gesetzgebungskompetenz für das Verwaltungs- (gerichts-)verfahren

Art 11 Abs 2 B-VG sieht in seinem 1. Halbsatz vor, dass „[s]oweit ein Bedürfnis nach Erlassung einheitlicher Vorschriften als vorhanden erachtet wird“ ua das Verwaltungsverfahren¹ „auch in den Angelegenheiten, in denen die Gesetzgebung den Ländern zusteht, durch Bundesgesetz geregelt“ wird (Bedarfsgesetzgebung des Bundes). Die Bedarfskompetenz des Bundesgesetzgebers durchbricht das vom B-VG vorausgesetzte Adhäsions-/Annexprinzip, wonach die Gesetzgebungskompetenz hinsichtlich einer Sachmaterie die Gesetzgebungskompetenz hinsichtlich des Verfahrens in dieser Sachmaterie begründet (Adhäsions-/Annexkompetenz des Materiengesetzgebers zur Regelung des Verfahrens in seiner Materie).² Sie ermöglicht also, das Verfahrensrecht, welches nach der Adhäsions-/Annexkompetenz mit dem materiellen Recht eine Einheit bildet, aus den Materiengesetzen herauszulösen.³

Die „einzelnen Gebiete der Verwaltung regelnden Bundes- oder Landesgesetz[e]“ (Verwaltungsvorschriften/Materiengesetze des Bundes oder der Länder) können nach dem 2. Halbsatz des Art 11 Abs 2 B-VG „abweichende Regelungen“ treffen, „wenn sie zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind“. So ermöglicht Art 11 Abs 2 B-VG, Verfahrensrecht, obgleich durch Bedarfsvorschriften aus dem materiellen Recht herausgelöst, wieder ein Stück weit – soweit erforderlich – in das materielle Recht zu integrieren.

Art 11 Abs 2 B-VG bildet daher die kompetenzrechtliche Grundlage nicht nur des AVG, einem Bedarfsgesetz des Bundes für ein einheitliches Verwaltungsverfahren, sondern auch für Abweichungen davon in den Materiengesetzen des Bundes und der Länder nach Maßgabe ihrer Erforderlichkeit zur Regelung des jeweiligen Gegenstandes der Verwaltungsvorschriften. Die Bundesverfassung ermöglicht also – bei Bedarf – für die Verwaltung ein einheitliches Verfahren aber unter der Voraussetzung ihrer Erforderlichkeit auch Abweichungen davon.

Ähnlich Art 11 Abs 2 B-VG für das Verwaltungsverfahren sieht Art 136 Abs 2 B-VG in seinem ersten Satz vor, dass ein besonderes Bundesgesetz das Verfahren der Ver-

1 Gleiches ist für die allgemeinen Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechtes, das Verwaltungsstrafverfahren und die Verwaltungsvollstreckung vorgesehen.

2 ZB Lukan in Kneiths/Lienbacher, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (19. Lfg 2017) B-VG Art 11 Abs 2 Rz 6 f.

3 Vgl Haller, Grundzüge des Verwaltungsverfahrens als Maßstab für die geplante Novelle des allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes, in ÖJK (Hrsg), Verfahrensgrundsätze – Verfahrensreformen im österreichischen Recht (1980) 3 (4).

waltungsgerichte (mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichts) einheitlich regelt.⁴ Der Materiengesetzgeber (sei es der Bund oder ein Land) darf Regelungen über das Verfahren der Verwaltungsgerichte treffen, „wenn sie zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind oder soweit das im ersten Satz genannte besondere Bundesgesetz dazu ermächtigt“,⁵ so der wiederum Art 11 Abs 2 B-VG ähnelnde dritte Satz des Art 136 Abs 2 B-VG.

Jedoch unterscheidet sich das System der Gesetzgebungskompetenz zur Regelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens von jenem zur Regelung des Verwaltungsverfahrens insofern, als Erstere nach Art 10 Abs 1 Z 1 B-VG allein dem Bund zukommt, für den Art 136 Abs 2 B-VG besagtes verfassungsrechtliches Kodifikationsgebot vorgibt. Deshalb sind vom einheitlichen verwaltungsgerichtlichen Verfahren abweichende Regelungen verfassungsrechtlich nur unter den Voraussetzungen des Art 136 Abs 2 B-VG zulässig, die als Ausnahme von einer eben an keinerlei Bedarf anknüpfenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes fungieren. Hingegen darf der Materiengesetzgeber im System der Gesetzgebungskompetenz für das Verwaltungsverfahren in Ausübung seiner Adhäsionskompetenz jedenfalls Regelungen treffen, soweit der Bundesgesetzgeber von seiner Bedarfskompetenz nach Art 11 Abs 2 B-VG nicht Gebrauch gemacht hat.⁶

1.2. Erforderlichkeit im Kompetenzrecht – wie denken?

Eine der grundlegenden Fragen, die sich bei der Auslegung des Art 11 Abs 2 B-VG stellen, ist diejenige nach dem Verständnis des verfassungsmäßigen Kriteriums der Erforderlichkeit. In Rechtswissenschaft und -praxis finden sich Deutungen im Sinne einer Unvollziehbarkeit der Verwaltungsmaterie ohne Sonderverfahrensrecht,⁷ im Sinne einer Unerlässlichkeit, im Sinne einer Verhältnismäßigkeit, im Sinne einer Sachlichkeit oder im Sinne einer Zweckmäßigkeit – und weiters Überlegungen dahingehend, ob/wie sich das Kriterium in dem jeweiligen Sinn nachvollziehbar sowie konsistent handhaben lässt und welcher Gestaltungsspielraum dem Materiengesetzgeber bei der Erlassung von Sonderverfahrensrecht zukommt.⁸

Aufbauend darauf will der vorliegende Beitrag die Diskussion über das Verständnis des kompetenzrechtlichen Erforderlichkeitskriteriums des Art 11 Abs 2 B-VG um den

4 Das Verfahren vor dem VfGH und VfSG ist im Übrigen (genauso wie dasjenige der Verwaltungsgerichte, ausgenommen das BFG, vgl Art 136 Abs 2 B-VG) nach Art 136 Abs 4 B-VG und Art 148 B-VG in einem besonderen Bundesgesetz zu regeln.

5 Auch das AVG enthält gegenüber den Verwaltungsvorschriften subsidiär geltende Vorschriften (also Vorschriften, die anderslautende Anordnungen in den Materiengesetzen erlauben); insofern liegen nach der herrschenden Auffassung keine Abweichungen im Sinne des Art 11 Abs 2 B-VG vor, siehe *Lukan in Kneihls/Lienbacher Rz 19*.

6 Zu diesem Absatz VfSlg 19.905/2014.

7 Mit Sonderverfahrensrecht ist in diesem Beitrag (nur) jenes in den Verwaltungsmateriengesetzen befindliche Verfahrensrecht gemeint, das von den einheitlichen Verfahrensgesetzen abweicht. Diese Engführung des Begriffs soll lediglich der besseren Lesbarkeit dienen.

8 ZB *Khakzadeh*, Die „Erforderlichkeit“ als Rechtsbegriff? ZÖR 2003, 351 (371 ff mwN); *Lukan in Kneihls/Lienbacher Rz 22 ff mwN*. Vgl auch *Mayer*, Die Kompetenzverschiebungen zwischen Bund und Ländern, in *Mayer/Rill/Funk/Walter* (Hrsg), Neuerungen im Verfassungsrecht (1976) 9 (13 f); *Öhlinger*, 60 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetze – Verwaltungsstrafrechtsreform: Sind die Österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze noch zeitgemäß? 9. ÖJT Bd I/2 (1985) 13 ff.

Aspekt der Verknüpfung kompetenz- und grundrechtlichen Denkens erweitern, woran ein dogmatischer Austausch⁹ ansetzen kann.

Zunächst zur bundestaatlichen Dimension: Bundesstaatlich gedacht, betrifft das Kriterium der Erforderlichkeit in Art 11 Abs 2 B-VG wie die Kompetenzbestimmungen des B-VG im Allgemeinen das Kräfteverhältnis zwischen Bund und Ländern.¹⁰ Aus bundesstaatlicher Sicht stellt die Bedarfskompetenz des Bundes zwar eine „Anomalie“ dar, deren Zweckmäßigkeit jedoch unbestritten ist.¹¹ Gerade das Erforderlichkeitskriterium ist bundesstaatlich bedeutsam.

Die das Erforderlichkeitskriterium in Art 11 Abs 2 B-VG einführende B-VG-Novelle 1974¹² ging denn auch auf ein Forderungsprogramm der Bundesländer zurück und lässt sich als bundesstaatenfreundlich charakterisieren.¹³ Ausweislich der Regierungsvorlage zielt diese Novellierung auf eine Gleichstellung von dem (bis zur Neufassung nicht an seine eigenen einheitlichen Regeln gebundenen)¹⁴ Bund und den Ländern (denen vor der Novelle keinerlei abweichenden Regelungen gestattet waren)¹⁵ ab. Bedarf es eines einheitlichen Verfahrensrechts, macht es (allgemein und insb) bundesstaatlich besehen Sinn, dass sich Bund und Länder auch gleichermaßen an die verfahrensrechtlichen Bedarfsvorschriften halten.

Das eigentliche Schutzgut der Bund wie Ländern auferlegten kompetenzrechtlichen Erforderlichkeitsprüfung des Art 11 Abs 2 B-VG ist indes diskutabel – anders als im Falle der unionsrechtlichen Kompetenzordnung, die ein Verhältnismäßigkeitsprinzip¹⁶ kennt, das von seiner Konzeption her die mitgliedstaatliche Autonomie schützt.¹⁷ Denn die B-VG-Novelle 1974 zielte zwar auf eine Gleichstellung von Bund und Ländern und insofern den Schutz der Länderkompetenzen ab, intendierte (damit) aber auch, die Einheitlichkeit des Verwaltungsverfahrens zu sichern – dh Schutz des einheitlichen Verfahrens insbesondere vor bundes-, aber eben auch landesrechtlichem Sonderverfahrensrecht.¹⁸

Soweit das kompetenzrechtliche Erforderlichkeitskriterium die Erlassung von Sonderverfahrensrecht und damit die Zersplitterung des Verfahrensrechts begrenzt, zielt es also auf die Wahrung der Einheitlichkeit im Verfahrensrecht ab (Vereinheitlichungs-

9 Allgemein zur Frage nach staatsorganisationsrechtsdogmatischen Anleihen an der Grundrechtsdogmatik aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts siehe *Aust*, Grundrechtsdogmatik im Staatsorganisationsrecht? AöR 2016, 415 ff.

10 ZB *Mayer* in *Mayer/Rill/Funk/Walter* 9.

11 *Öhlinger*, 9. ÖJT 1985, 8.

12 BGBl 1974/444.

13 *Mayer* in *Mayer/Rill/Funk/Walter* 10 f.

14 Zumindest nach der Verfassungspraxis, siehe *Öhlinger*, 9. ÖJT 1985, 11 f.

15 Vgl Art 11 Abs 2 B-VG idF BGBl 1930/1 (WV) und *Öhlinger*, Aussprache zu 60 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetze – Verwaltungsstrafrechtsreform: Sind die Österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze noch zeitgemäß? 9. ÖJT Bd II/2 (1985) 83.

16 Vgl Art 5 Abs 4 EUV.

17 Aus der Kommentarliteratur zB *Bast* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (76. EL, 2022) EUV Art 5 Rz 66; *Lienbacher* in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, (Hrsg) EU-Kommentar⁴ (2019) EUV Art 5 Rz 36; *Pache* in *Pechstein/Novak/Häde* (Hrsg), Frankfurter Kommentar (2017) EUV Art 5 Rz 135; *Streinz* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV³ (2018) EUV Art 5 Rz 43 ff; *Vedder* in *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht² (2018) EUV Art 5 Rz 35.

18 ErläutRV 182 BlgNR XIII. GP 16.

funktion). Deshalb misst der VfGH ihm (sogar gleich dem eine möglichst umfassende Kontrolle der Gesetze am Maßstab der Bundesverfassung bezweckenden Art 140 B-VG) rechtsstaatliche Bedeutung bei, als es „auf die Verwirklichung der durch das Siebente Hauptstück maßgeblich ausgeformten Rechtsstaatlichkeit gerichtet“¹⁹ ist. Ein einheitliches Verfahrensrecht vor den Verwaltungsbehörden (und Verwaltungsgerichten) weist also eine rechtsstaatliche Dimension auf.²⁰ Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit setzen Rechtseinheit im Verfahrensrecht voraus.²¹ Als Sonderverfahrensrecht begrenzende Vorgaben verstanden dienen Erforderlichkeitskriterien mit der Wahrung der Verfahrenseinheitlichkeit auch dem Rechtsstaat.

Nun weckt Erforderlichkeit vom Begriff her Assoziationen an die Kategorien von Eingriff und Rechtfertigung sowie die Verhältnismäßigkeitsprüfung mit Individualinteressen schützender Stoßrichtung (dessen Teilelement die Erforderlichkeit ist) – und damit an auf das Verhältnis zwischen Staat und Individuum abstellende Konzepte.²² Es sind insb die Grundrechtskataloge (StGG, EMRK und GRC), die im österreichischen Recht auf Verfassungsebene ein solches Denken in Eingriff und Rechtfertigung sowie eine (auch) auf individuelle Interessen bezogene Verhältnismäßigkeitsprüfung involvieren.²³

Neben der EU-Rechtsordnung²⁴ finden sich auch in anderen bundesstaatlichen Rechtsordnungen²⁵ Erforderlichkeits- bzw Verhältnismäßigkeitsprüfungen im kompetenzrechtlichen Sinn neben ihren individualschützenden Pendants (im Grundrechtsbereich). Anders als in Deutschland²⁶ ließ der österreichische Verfassungsgesetzgeber keine Absicht erkennen, kompetenzrechtliche Erforderlichkeitskriterien der österreichischen Verfassung konzeptionell an ihr grundrechtliches Pendant anzulehnen. Die einschlägigen Gesetzesmaterialien zu Art 11 Abs 2 B-VG stellen explizit Parallelen²⁷ zur ebenso ein Er-

19 ZB VfSlg 20.008/2015.

20 Matti, Zeit sich zu beschweren – Zur Zulässigkeit sondergesetzlicher Regelungen über die Beschwerdefrist, in Autengruber/Bertel/Drexel/Sanader/Schramek (Hrsg), Zeit im Recht – Recht in der Zeit (2016) 33 (37).

21 Öhlinger, 9. ÖJT 1985, 8.

22 Zum Ursprung des Erforderlichkeitskriteriums der deutschen Kompetenzordnung zB Uhle in Maunz/Dürig (Hrsg), Grundgesetz-Kommentar (97. Lfg 2022) Art 72 Rz 163. Allgemein zu Ursprung und Migrationslinien der Verhältnismäßigkeitsprüfung (als „Grenzgängerin zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht“) Tischbirek, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung (2017) 7 ff. Zur Grundkonstellation der Verhältnismäßigkeitsprüfung (Eingriff in rechtlich geschützte individuelle Interessenpositionen verbunden mit einem Gestaltungsspielraum involvierenden unbestimmten Ermächtigungen) vgl auch Holoubek, Zur Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – verwaltungs-, verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Aspekte, in FS Rill (1995), 97 (117 ff).

23 Damit sind primär die Freiheitsrechte und ihre Struktur sowie Dogmatik angesprochen, siehe Berka/Binder/Kneihs, Die Grundrechte² (2019) 173 ff. Zur das tradierte freiheitsrechtliche Schutzbereich-Eingriff-Schranken-Prüfschema herausfordernden Dogmatik und Struktur von Verfahrensgrundrechten siehe Fuchs, Verfahrensgrundrechte im Eingriffs- und Schrankenmodell? Überlegungen zur Struktur grundrechtlicher Verfahrensgarantien, ZÖR 2012, 537 ff. Zur praktizierten Gleichheitsprüfung Holoubek in Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (14. Lfg 2018) B-VG Art 7/1 S 1, 2 Rz 107 ff.

24 Zum Verhältnis des kompetenzbezogenen und individualschützenden Anwendungsfelds des unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips zB Bast in Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV Art 5 Rz 67; Callies in Callies/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV⁶ (2022) EUV Art 5 Rz 45; Kadelbach in von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), Europäisches Unionsrecht⁷ (2015) EUV Art 5 Rz 49; Pache in Pechstein/Novak/Häde, EUV Art 5 Rz 135 f; Streinz in Streinz, EUV Art 5 Rz 43 ff.

25 Vgl Art 72 Abs 2 GG. Näher dazu zB Uhle in Maunz/Dürig, GG Art 72 Rz 163 ff.

26 Uhle in Maunz/Dürig, GG Art 72 Rz 163 f; Wittreck in Dreier, Grundgesetz-Kommentar³ (2015) Art 72 Rz 18.

27 Kritisch zur Vergleichbarkeit Khakzadeh, ZÖR 2003, 374 f.

forderlichkeitskriterium aufstellenden Kompetenzbestimmung des Art 15 Abs 9 B-VG²⁸ und der dazu ergangenen Rechtsprechung des VfGH her,²⁹ die Erforderlichkeit als Unerlässlichkeit versteht.³⁰ Dementsprechend hat der VfGH das Erforderlichkeitskriterium des Art 11 Abs 2 B-VG wie im Rahmen des Art 15 Abs 9 B-VG als Unerlässlichkeit ausgelegt.³¹

Zwischen der verfassungsrechtlichen Verankerung des Erforderlichkeitskriteriums für Abweichungen ua vom AVG durch die B-VG-Novelle 1974 und dem für die Einführung der verfassungsgerichtlichen Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen stehenden „Schrottlenkungserkenntnis“ liegen denn auch gute zehn Jahre.³² So besehen hat sich der historische Verfassungsgesetzgeber zumindest nicht bewusst in Würdigung des Verhältnismäßigkeitsgedankens gegen seine (teilweise) Aufnahme in das Kompetenzrecht durch das Erforderlichkeitskriterium entschieden.³³

Unterdessen liest der VfGH (und ihm folgend die Lehre)³⁴ in seiner Rechtsprechung zur Unerlässlichkeit/Erforderlichkeit beginnend mit VfSlg 15.218/1998 in die Kompetenzbestimmung des Art 11 Abs 2 B-VG insb rechtstaatliche Anforderungen quasi hinein. Nach dieser Rechtsprechungslinie sind „von den allgemeinen Bestimmungen der Verfahrensgesetze abweichende Regelungen nur dann zulässig [...], wenn sie nicht anderen Verfassungsbestimmungen, wie etwa dem Rechtsstaatsprinzip und dem daraus abgeleiteten Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes, widersprechen“.³⁵

Geht man mit der Literatur davon aus, dass in diesem Zusammenhang neben dem Rechtsstaatsprinzip insb auch die Grundrechte kompetenzrechtlich relevant sind, folgt daraus eine in die kompetenzrechtliche Erforderlichkeitsprüfung integrierte Rechtsstaats- und Grundrechtsprüfung.³⁶ Dann verknüpfen sich der Sache nach kompetenzmit rechtsstaat- und grundrechtlichen Vorgaben in einer Kompetenzbestimmung – wäh-

28 Danach sind die Länder im Bereich ihrer Gesetzgebung befugt, die zur Regelung des Gegenstandes *erforderlichen* Bestimmungen auch auf dem an sich in die Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz des Bundes (vgl Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG) fallenden Gebiet des Straf- und Zivilrechtes zu treffen.

29 ErläutRV 182 BlgNR XIII. GP 16.

30 Näher (kritisch) dazu aus der jüngeren Zeit zB *Harrer*, Unerlässlichkeit ist nicht erforderlich – ein Beitrag zu Art 15 Abs 9 B-VG, ZfV 2018, 49 ff.

31 Das zeigt schon das ursprüngliche Verständnis des Verfassungsdienstes im Bundeskanzleramt hinsichtlich des vom VfGH für das Erforderlichkeitskriterium des Art 15 Abs 9 B-VG entwickelten Konzepts der Unerlässlichkeit, welches demnach nur dann erfüllt wäre, wenn das materielle Recht ohne Sonderverfahrensrecht unvollziehbar wäre (was gerade angesichts des AVG praktisch kaum vorstellbar ist), siehe *Lukan in Kneihs/Lienbacher* Rz 23. Näher zum Verständnis der Unerlässlichkeit *Khakzadeh*, ZÖR 2003, 372 ff; *Lukan in Kneihs/Lienbacher* Rz 27.

32 VfSlg 10.179/1984. Näher dazu und zu den Folgen (für die österreichische Grundrechtsdogmatik) *Somek*, Wissenschaft vom Verfassungsrecht, in *von Bogdandy/Villalón/Huber* (Hrsg), HB Ius Publicum Europaeum II (2008) § 33 Österreich, Rz 33 f. Vgl aber auch relativierend *Wiederin*, Denken vom Recht her, in *Schulze-Fielitz* (Hrsg), Staatsrechtslehre als Wissenschaft (2007) 293 (314).

33 Der deutsche Verfassungsgesetzgeber etwa dürfte sich mit seinem kompetenzrechtlichen Erforderlichkeitskriterium in Würdigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bewusst gegen eine unverkürzte Verhältnismäßigkeitsprüfung (dh gegen eine Angemessenheitsprüfung) entschieden haben, was dafür spricht, dass diese kompetenzrechtliche Erforderlichkeitsprüfung denn auch keine Prüfung der Angemessenheit involviert, siehe zB *Uhle in Maunz/Dürig*, GG Art 72 Rz 165.

34 *Lukan in Kneihs/Lienbacher* Rz 28 mwN.

35 VfSlg 20.216/2017 mwH auf die Rsp des VfGH.

36 Näher dazu unter Pkt 3.4.

rend das kompetenzrechtliche Erforderlichkeitskriterium wie erwähnt konzeptionell nicht als Anlehnung an sein individualschützendes Pendant gedacht war. Die Struktur der kompetenzrechtlichen Erforderlichkeitsprüfung wiederum dürfte sich – unbeschadet der Struktur einer allenfalls integrierten Grundrechtsprüfung – nach dem herrschenden Verständnis nach wie vor von derjenigen der grundrechtlichen Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung unterscheiden.³⁷

Vermag also das kompetenzrechtliche Erforderlichkeitskriterium zwar grundrechtliche Gehalte (über eine integrierte Grundrechtsprüfung) inhaltlich zu rezipieren, nicht jedoch die Struktur der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung im Kompetenzrecht zu spiegeln? Die Überführung des Verhältnismäßigkeitsgedankens ins Staatsorganisationsrecht erhält hierzulande allgemein eher wenig Aufmerksamkeit und begegnet Skepsis; in der „deutschen“ Staatsrechtswissenschaft ist sie, obgleich geläufiger, nichtsdestotrotz umstritten.³⁸ Der VfGH dürfte im Staatsorganisationsrecht eher zu Sachlichkeitserwägungen neigen.³⁹

Hier interessiert grundlegend, was es für die Funktion(-sweise) der Kompetenzbestimmung des Art 11 Abs 2 B-VG bedeutet, ihr Erforderlichkeitskriterium mit rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Gehalten aufzuladen. Es gilt, Form und Inhalt einer Erforderlichkeitsprüfung im kompetenzrechtlichen (und in gewisser Weise zugleich grundrechtlichen) Sinn zu diskutieren.

Ausgangspunkt sind Schrankenstruktur und Funktionen des Art 11 Abs 2 B-VG.

2. Schranken- und Funktionslogik des kompetenzrechtlichen Erforderlichkeitskriteriums

Das Erforderlichkeitskriterium nach Art 11 Abs 2 B-VG fungiert in zwei Richtungen als Schranke⁴⁰ – gegenüber dem Materiengesetzgeber und der Verfahrenseinheitlichkeit.

³⁷ Näher dazu unter Pkt 3.2.

³⁸ So die Einschätzung von *Weber*, Möglichkeiten und Grenzen der Reform der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung vor dem Hintergrund der Bemühungen um einen Vertrag über die europäische Verfassung, FS Schäffer (2006) 923 (943). Kritisch zur Heranziehung des Gleichheitssatzes (aus Gründen seiner Qualität als Individualgrundrecht) für die Abgrenzung zwischen Bundes- und Landeskompetenzen im Kontext des Berücksichtigungsprinzips *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 276. Aus der jüngeren Zeit pointiert kritisch zur Berücksichtigung kompetenzfremder Interessen im Rahmen des Berücksichtigungsprinzips *Weiser*, Berücksichtigung im Bundesstaat (2017) insb 36 ff und 118 ff. Zum deutschen Staatsorganisationsrecht siehe zB *Heusch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht (2003) 22 ff; siehe auch *Aust*, AöR 2016, 432 ff. *Wiederin*, Verfassungsinterpretation in Österreich, in *Lienbacher* (Hrsg), Verfassungsinterpretation in Europa (2011) 81 (insb 88 ff) mwN, schätzt die Rolle von Wertargumenten und teleologischer Argumentation im „österreichischen Weg“ der Verfassungsauslegung allgemein als untergeordnet ein. Allgemein zur gegenwärtigen Wissenschaft vom Verfassungsrecht vgl auch *Somek* in *HB Ius Publicum Europaeum* II § 33 Rz 24 ff.

³⁹ Unter Anführung von Beispielen aus der Rechtsprechung nimmt *Grabenwarter*, Der österreichische Verfassungsgerichtshof, in *von Bogdandy/Grabenwarter/Huber* (Hrsg), *HB Ius Publicum Europaeum* VI (2016) § 102 Rz 69, eine Neigung des VfGH wahr, im Staatsorganisationsrecht „von Sachlichkeitserwägungen getragene systematische Argumente durchschlagen zu lassen[...].“

⁴⁰ Von einem „Erforderlichkeits-Schranken“ spricht iZm Art 15 Abs 9 B-VG bereits *Khakzadeh*, ZÖR 2003, 362. Vgl auch zur deutschen Verfassungsrechtslage *Heusch*, Verhältnismäßigkeit 23.

2.1. Gegensätzliche Stoßrichtungen

Die Kompetenzkonformität von Sonderverfahrensrecht des Materiengesetzgebers ist bedingt durch seine Erforderlichkeit; der Vorbehalt der Erforderlichkeit dient insofern der Einheitlichkeit des Verfahrens (Schranke für Materiengesetzgeber; Vereinheitlichungsfunktion). Umgekehrt ist es damit das Erforderlichkeitskriterium, das dem Materiengesetzgeber die Integrierung von Verfahrensrecht in Abweichung von den Bedarfsvorschriften in sein materielles Recht ermöglichen kann (Schranke – wenn auch im Eigentlichen nicht für den Bedarfsgesetzgeber so doch letztlich – der Verfahrenseinheitlichkeit; Integrierungsfunktion).⁴¹

Das macht auch Sinn. Die Einheitlichkeit des Verfahrens trifft auf Eigentümlichkeiten der Sachmaterie⁴² und Vielfalt der verwaltungsbehördlichen Organisationsstrukturen.⁴³ Verstanden als schrittweises Vorgehen zur Vollziehung materiell-rechtlicher Vorschriften⁴⁴ kommt dem Verfahren und damit Verfahrensrecht auch⁴⁵ dienende Funktion⁴⁶ zu. Soll das Verfahrensrecht dem gerecht werden, ist Flexibilität geboten.⁴⁷ Dafür sorgt das Erforderlichkeitskriterium verstanden als Instrument zur Ermöglichung von Sonderverfahrensrecht. In seiner Integrierungsfunktion zielt es auf eine gegenstandsbezogene, der Verwaltungsmaterie geschuldete Integrierung von Sonderverfahrensrecht in das materielle Recht ab. Eine Integrierung von Sonderverfahrensrecht seiner selbst willen (etwa, weil der Materiengesetzgeber eine andere verfahrensrechtliche Lösung präferiert) ermöglicht das Erforderlichkeitskriterium nicht.⁴⁸

Das Erforderlichkeitskriterium will also einerseits das einheitliche Verfahrensrecht wahren, andererseits funktionsfähige materiell-rechtliche Regime ermöglichen. Das Verfahrensrecht soll einheitlich sein, zugleich sollen Materiengesetze „funktionieren“ können.

Zusammengefasst dient das Erforderlichkeitskriterium einerseits der Schaffung/Integrierung von Sonderverfahrensrecht (ins materielle Recht), in seiner Qualität als Schranke für den Materiengesetzgeber aber auch der Einheitlichkeit des Verfahrens. Sowohl Integrierungs- als auch Vereinheitlichungsfunktion des Erforderlichkeitskriteriums kommt also eine Abgrenzungsfunktion⁴⁹ zu. Divergiert aber deren Wirkmacht? Anders gewendet stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von Integrierungs- und Vereinheitlichungsfunktion des Erforderlichkeitskriteriums.

41 Diese Funktion des Erforderlichkeitskriteriums hindert den Bedarfsgesetzgeber freilich nicht daran, sonderverfahrensrechtliche Lösungen in seine Bedarfsvorschriften zu übernehmen und so die Einheitlichkeit des Verfahrens wiederherzustellen.

42 Haller in ÖJK 4.

43 Öhlinger, 9. ÖJT 1985, 9.

44 Lukan in Kneihls/Lienbacher Rz 44.

45 Zur selbstständigen Bedeutung von Verfahren bzw zum Pluralismus der Verfahrensfunktionen siehe etwa Schmidt-Assmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee² (2004) 305 ff.

46 Haller in ÖJK 6.

47 Öhlinger, 9. ÖJT 1985, 9.

48 Für Khakzadeh, ZÖR 2003, 372, sind Verfahrensbestimmungen als Selbstzweck überhaupt nicht denkbar. Allenfalls fällt hier die Konstellation ein, dass einem Landesgesetzgeber Regelungen des AVG allgemein missfallen, weil er die divergierenden Interessen, die das AVG auszugleichen hat (näher zu diesen Interessen und ihrem Ausgleich Haller in ÖJK 4), politisch grundsätzlich anders gewichtet und für den Bereich seines Landes seine Wertung über seine Materiengesetze umsetzen will.

49 Khakzadeh, ZÖR 2003, 370, spricht bereits von einer Abgrenzungsfunktion.

2.2. (Dynamisches) Regel-Ausnahme-Verhältnis

An sich bezieht sich das Erforderlichkeitskriterium auf die Abweichung von Bedarfsvorschriften, sodass es eben Sonderverfahrensrecht ist, für dessen Kompetenzkonformität es eine Bedingung aufstellt. So besehen verhalten sich Vereinheitlichungs- und Integrierungsfunktion des Erforderlichkeitskriteriums folglich wie Regel und Ausnahme zueinander. Jedoch gilt es zu bedenken, dass das Erforderlichkeitskriterium einem dynamischen Regel-Ausnahme-System⁵⁰ angehört.

Das Erforderlichkeitskriterium des Art 11 Abs 2 B-VG fungiert nämlich als Ausnahme von der Bedarfsgesetzgebungskompetenz des Bundes, die ihrerseits von der vom B-VG vorausgesetzten Adhäsions-/Annexkompetenz des jeweiligen Materiengesetzgebers ausgenommen ist, und begründet insofern eine beschränkte Adhäsions-/Annexkompetenz⁵¹ (neu). Man könnte deshalb meinen, die Adhäsions-/Annexkompetenz bilde die Regel, die Bedarfskompetenz die Ausnahme und deshalb das Erforderlichkeitskriterium im Sinne einer Ausnahme von der Ausnahme ein Korrektiv zur Zurückdrängung der (Adhäsions-/Annexkompetenz als) Regel.

Anders verhält es sich mit dem Erforderlichkeitskriterium des Art 136 Abs 2 B-VG, denn der Bund ist jedenfalls kompetent zur Regelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens; nach Art 11 Abs 2 B-VG zur Regelung des Verwaltungsverfahrens demgegenüber eben nur so weit, als ein Bedürfnis nach Erlassung einheitlicher Vorschriften als vorhanden erachtet wird.

Indes beruht der von Art 11 Abs 2 B-VG für die Durchbrechung der Adhäsions-/Annexkompetenz durch Erlassung von Bedarfsvorschriften vorausgesetzte Bedarf nach einheitlichen Vorschriften auf einer „subjektiven“ Einschätzung des Bedarfsgesetzgebers, dem Art 11 Abs 2 B-VG für die Bedarfsfeststellung keine objektiven Kriterien vorgibt – anders als dem an das objektiv nachprüfbare Erforderlichkeitskriterium für die Erlassung von Sonderverfahrensrecht gebundenen Materiengesetzgeber.⁵² So besehen rückt die Bedarfskompetenz in Richtung Regel, die Erforderlichkeit in Richtung Ausnahmekriterium.

Der VfGH hat den unterschiedlichen Dynamiken in den Regel-Ausnahme-Komplexen der Art 11 Abs 2 B-VG und Art 136 Abs 2 B-VG letztlich keine Bedeutung beigemessen: Das Erforderlichkeitskriterium des Art 136 Abs 2 B-VG entspricht demjenigen des Art 11 Abs 2 B-VG.⁵³ Im Ergebnis kommt Abweichungen vom AVG (und VwGVG) aus Gründen des Art 11 Abs 2 B-VG (und Art 136 Abs 2 B-VG) von Verfassung wegen Ausnahmecharakter zu; die Verfahrensvereinheitlichung stellt insofern den Grundsatz dar.

Anders gewendet ist die Integrierungsfunktion des Erforderlichkeitskriteriums grundsätzlich seiner Vereinheitlichungsfunktion untergeordnet. Einheitlich geltende Bedarfsvorschriften sollen die Regel, Sonderverfahrensrecht die Ausnahme sein. Umgemünzt

50 Vgl von Arnould, Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, JZ 2000, 276 (279).

51 Lukan in Kneihls/Lienbacher Rz 13.

52 Lukan in Kneihls/Lienbacher Rz 9.

53 Zuerst noch explizit offenlassend, ob Art 136 Abs 2 B-VG einen dem Art 11 Abs 2 B-VG „ähnlichen, aber eigenständigen Prüfungsmaßstab vorgibt“, VfSlg 19.905/2014; dann aber die Rechtsprechung zu Art 11 Abs 2 B-VG auf Art 136 Abs 2 B-VG übertragend VfSlg 19.922/2014, 19.969/2015.

auf die Schrankenlogik fungiert das Erforderlichkeitskriterium vom Konzept her also primär als Schranke für den Materiengesetzgeber.

Damit von der abstrakten Schranken- und Funktionslogik zur konkreten Erforderlichkeitsprüfung.

3. Kompetenzrechtliche Erforderlichkeitsprüfung

Gegenstand der kompetenzrechtlichen Erforderlichkeitsprüfung sind „Abweichungen“ vom AVG;⁵⁴ Maßstab ist die Erforderlichkeit. Praktisch stellte sich die Frage der Erforderlichkeit von Sonderverfahrensrecht bereits insbesondere in Fällen betreffend die Kostentragung für besondere Aufsichtsregime,⁵⁵ die Verkürzung⁵⁶ und Verlängerung⁵⁷ von Rechtsmittelfristen, den generellen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln,⁵⁸ aber etwa auch betreffend Beweisregeln,⁵⁹ ein Neuerungsverbot⁶⁰ und die Verlängerung von Entscheidungsfristen.⁶¹

Im Folgenden werden zunächst Zweck-Mittel-Relation, Struktur und (klassischer) Inhalt der Erforderlichkeitsprüfung erörtert, dann gesondert ihre rechtsstaatliche und grundrechtliche Dimension.

3.1. Zweck-Mittel-Relation

Abstrakt besehen geben Erforderlichkeitskriterien im Allgemeinen eine Zweck-Mittel-Relation vor.⁶² Die Erforderlichkeit im Sinne des Art 11 Abs 2 B-VG bestimmt das Verhältnis zwischen dem Ziel der Regelung des Gegenstands⁶³ (durch den für die Materie zuständigen Gesetzgeber) und einer sonderverfahrensrechtlichen Regelung (wiederrum durch den Materiengesetzgeber) als sich auf das Ziel beziehendes Mittel. Eine Zweck-Mittel-Kontrolle als relationale Prüfung liegt nahe.⁶⁴ Fraglich ist, welche näheren Anforderungen der Erforderlichkeit für Ziel, Mittel und deren Verhältnis innewohnen, dh welche Qualität des Ziels, Mittels und Ziel-Mittel-Verhältnisses vorgegeben ist.

Theoretisch versteht der VfGH das Erforderlichkeitskriterium explizit strikt und gibt damit eine strenge Zweck-Mittel-Kontrolle vor:⁶⁵ Er hat – wie die Materialien⁶⁶ zur

54 Näher dazu *Lukan* in *Kneihls/Lienbacher* Rz 16 ff mwN.

55 VfSlg 11.564/1987, 15.351/1998, 16.641/2002.

56 VfSlg 15.218/1998, 15.369/1998, 15.529/1999, 20.041/2016 und 20.193/2017.

57 VfGH 14.12.2021, G 225/2021.

58 VfSlg 8945/1980, 16.460/2002, 17.340/2004, 17.346/2004, 19.921/2014, 19.922/2014, 19.969/2015, 20.216/2017, 20.238/2018. Vgl auch VfSlg 19.215/2010 zur Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes im Asylrecht.

59 VfSlg 19.804/2013 betreffend gesetzliche Vermutung der Richtigkeit von Privatgutachten.

60 VfSlg 17.340/2004 betreffend nur bei medizinisch belegbarer Traumatisierung Asylsuchender ausgeschlossenen Neuerungsverbot im asylrechtlichen Berufungsverfahren. Siehe auch VfGH 14.12.2021, G 225/2021.

61 VfSlg 19.905/2014; VfGH 14.12.2021, G 225/2021.

62 *Khakzadeh*, ZÖR 2003, 353, 362 und 371.

63 So zur Vorbildbestimmung des Art 11 Abs 2 B-VG, dem Art 15 Abs 9 B-VG *Khakzadeh*, ZÖR 2003, 362.

64 Allgemein zu nicht relationierbaren Rechtsfragen als Grenze der Verhältnismäßigkeit *Lepsius*, Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg), Verhältnismäßigkeit (2015) 1 (28).

65 Näher dazu *Khakzadeh*, ZÖR 2003, 371 ff mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

66 ErläutRV 182 BlgNR XIII. GP 16.