

Franz Merli

## **Bewertung durch Private**

### A. Grundlagen

1. Bewerten heißt ein Objekt im Hinblick auf bestimmte – gute oder schlechte – Eigenschaften beurteilen.
2. Viele Bewertungen dienen – zumindest auch – der Erfüllung staatlicher Aufgaben und sind daher idR gesetzlich vorgeschrieben: zB die Beurteilung der Ortsbildverträglichkeit eines Bauprojekts, der Sicherheit eines Produkts, der Qualität von Deutsch-Integrationskursen, von Verstößen gegen die wissenschaftliche Integrität, der Verlässlichkeit von Waffenbesitzern, der Befähigung einer Person für das Lenken von Kraftfahrzeugen oder der Wahrscheinlichkeit, dass jemand seine Schulden zurückzahlen wird.
3. Solche Bewertungen werden vielfach von Privaten durchgeführt, von Einzelpersonen wie Architekten in Ortsbildschutzkommissionen, Fahrprüfern, ermächtigten Psychologen oder nichtamtlichen Sachverständigen im Verwaltungsverfahren, von privaten Unternehmen wie Kfz-Werkstätten, Zertifizierstellen für Produktsicherheit oder Ratingagenturen; und von anderen Organisationen wie der Österreichischen Integrationsfonds oder Agentur für wissenschaftliche Integrität.
4. Bewertungen dieser Art überschneiden sich mit der Wissensbeschaffung und Kontrolle durch Private, weisen aber zwei Besonderheiten auf. Zum einen bilden sie oft die zentrale Komponente einer Entscheidung: von ihnen hängt vielfach ab, ob jemand eine bestimmte Berechtigung erhält oder eine bestimmte Tätigkeit ausüben darf. Zum anderen eröffnen sie dem Bewerter typischerweise einen Spielraum, der nur beschränkt überprüfbar ist. Bewertung ist also Machtausübung.
5. Erfolgt sie durch Private, ist sie besonders heikel, denn Private haben eigene Interessen. Zu ihrer Bändigung dienen Regeln zu Ausbildung, Fachkenntnis, Berufserfahrung, Fortbildung und Qualitätskontrolle, zu Integrität und Unabhängigkeit von den Bewerteten und zur Vermeidung von sonstigen Interessenskonflikten, zu Bewertungsverfahren und Bewertungsstandards, zu Transparenz und Verschwiegenheit sowie zu staatlicher Aufsicht und Rechtsschutz. Diese Regeln sind zT staatlicher, zT selbst privater Natur und in verschiedenen Bereichen sehr unterschiedlich intensiv ausgeprägt.

### B. Bewertungsrechtsverhältnisse

6. Bewertung durch Private als Teil einer staatlichen Aufgabe setzt eine staatliche Behörde, einen privaten Bewerter und einen Bewerteten voraus. Zwischen drei Akteuren lassen sich regelmäßig drei Rechtsverhältnisse unterscheiden.

7. Nicht alle Situationen sind allerdings Dreiecksverhältnisse. Unechte Dreiecke finden sich dort, wo private Bewerter in den Staat integriert werden – wie private Mitglieder in staatlichen Organen – oder wo sie selbst mit Staatsqualität ausgestattet sind – wie Fahrprüfer. In diesen Fällen steht dem Bewerteten nur *ein* anderes Rechtssubjekt gegenüber. Das gilt letztlich auch bei der Heranziehung nichtamtlicher Sachverständiger im Verwaltungsverfahren, weil diese zwar eine Rechtsbeziehung zum Staat, aber nicht zum Bewerteten haben.

8. In einem echten Dreieck steht zB die Konformitätsbewertung (Zertifizierung) nach dem neuen Ansatz der EU. Der Hersteller darf das Produkt nur nach einer Bewertung in Verkehr bringen; insoweit steht er in einem hoheitlichen Verhältnis zur Marktaufsichtsbehörde. Die Bewertung darf in vielen Fällen nur durch Unternehmen vorgenommen werden, die die Befugnis dazu von der Akkreditierungsbehörde mit Bescheid, somit hoheitlich erwerben müssen. Die Konformitätsbewertung selbst erfolgt dagegen auf der Grundlage eines Vertrags zwischen Hersteller und akkreditiertem Zertifizierunternehmen, also in einem privatrechtlichen Verhältnis. Dieses Verhältnis ist allerdings durch eine Kombination aus staatlichen Vorgaben und privaten Normen so überformt, dass es funktionelle Parallelen zu einem staatlichen Zulassungsverfahren aufweist. Trotzdem bleibt es ein privatrechtliches Verhältnis. Das erlaubt nicht nur Wettbewerb zwischen den Zertifizierunternehmen, sondern hat auch rechtsstaatliche wie praktische Vorteile: Rechtsschutz und internationale Verwendbarkeit funktionieren so besser.

9. Eine bloß lose Verbindung der Akteure schafft die Regelung von Ratingagenturen. Sie bedürfen einer Registrierung bei der ESMA (European Securities and Markets Authority) und unterliegen ihrer Aufsicht, wenn und weil sie wollen, dass ihre Ratings von Banken und ähnlichen Akteuren für die aufsichtsrechtlich gebotene Risikobewertung verwendet werden dürfen. Die einschlägige EU-Verordnung enthält eine Vielzahl von Anforderungen zur Qualifikation des Personals von Ratingagenturen, zu ihrer Unabhängigkeit und zur Vermeidung von Interessenkonflikten, ansatzweise auch zum Abbau des bestehenden Oligopols. Im Übrigen finden sich drei Besonderheiten: Die Verordnung überlässt erstens die Bewertungsstandards selbst völlig den Ratingagenturen und verlangt insoweit nur Regelmäßigkeit, Transparenz, Begründungen und Qualitätskontrolle. Es gibt zweitens keine Pflicht, Ratings zu verwenden. Die Verordnung versucht eher, die praktische Abhängigkeit des Finanzsektors von Ratings zu verringern. Drittens bestehen zwar hoheitliche Aufsichtsverhältnisse zwischen ESMA und Ratingagenturen und zwischen Finanzaufsichtsbehörden und Banken, aber es gibt kein Rechtsverhältnis zwischen Ratingagenturen und Banken: Ratings werden im Auftrag der Schuldner und nicht der Gläubiger erstellt. Darin liegt auch ihr Hauptproblem.

### C. Ausblick

10. In vielen Fällen ist die Einordnung eines bestimmten Bewertungsregimes in eines dieser Modelle schwierig oder strittig. Problembewusstsein, Sinn für Alternativen und Systematisierungswillen kann von der Rechtspraxis weniger als von der Wissenschaft erwartet werden. Diese sollte die Vielfalt der Erscheinungen zur Kenntnis nehmen und auch unorthodoxe Lösungen als mögliche funktionale Äquivalente akzeptieren, aber nicht auf grundlegende demokratische und rechtsstaatliche Anforderungen vergessen.