

Franz Merli

## Bewertung durch Private\*)

- I. Grundlagen
  - A. Bewertung
  - B. Zusammenhang mit einer staatlichen Aufgabe und Durchführung durch Private
  - C. Bewertungen als Machtausübung
- II. Bewertungsrechtsverhältnisse
  - A. Unechte Dreiecke
  - B. Echte Dreiecke
  - C. Lose Verbindungen
- III. Ausblick

### I. Grundlagen

#### A. Bewertung

Bewertung ist die Beurteilung eines Gegenstandes im Hinblick auf bestimmte Eigenschaften. Wer bewertet, beurteilt, ob und inwieweit ein Objekt bestimmte gewünschte oder unerwünschte Eigenschaften aufweist, ob also zB eine Cowboy-Verkleidung leicht brennt,<sup>1)</sup> ob ein Fahrzeug verkehrssicher und nicht allzu umweltschädlich ist,<sup>2)</sup> ob ein beantragtes Forschungsprojekt eine Förderung verdient,<sup>3)</sup> ob sich ein Bauvorhaben in das Ortsbild einfügt,<sup>4)</sup> ob Deutsch-Integrationskurse gut genug sind, um die Drittstaatsangehörigen zur Teilnahme am gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Leben in Österreich zu befähigen,<sup>5)</sup> ob die Qualitätssicherungsmaßnahmen eines Abschlussprüfers angemessen sind,<sup>6)</sup> ob jemand die Befähigung für ein bestimmtes Handwerk aufweist,<sup>7)</sup> ob ein Führerscheininteressent fähig ist, ein Kraftfahrzeug zu lenken,<sup>8)</sup> und ob sein Prüfer geeignet ist, das festzustellen;<sup>9)</sup> ob jemand ver-

---

\*) Für Hilfe bei den Recherchen danke ich Teresa Habjan und Philipp Mörth.

<sup>1)</sup> Dazu *Eisenberger*, in diesem Band.

<sup>2)</sup> § 57a Abs 1 KFG.

<sup>3)</sup> ZB § 7 FTFG und FWF Allgemeine Prinzipien des Entscheidungsverfahrens, zugänglich unter [fwf.ac.at](http://fwf.ac.at) (29.9.2014).

<sup>4)</sup> ZB § 7 Abs 2 Grazer Altstadterhaltungsg.

<sup>5)</sup> § 16 Abs 1 NAG.

<sup>6)</sup> § 13 Abs 2 Abschlussprüfungs-Qualitätssicherungsgesetz – A-QSG.

<sup>7)</sup> § 18 Abs 2 Z 1, § 20 Abs 4 ff GewO.

<sup>8)</sup> § 34 Abs 1 Z 1 FSG.

<sup>9)</sup> §§ 34 a f FSG.

lässlich genug ist, um eine Waffe zu besitzen.<sup>10)</sup> ob sich jemand in der Probezeit als Schulleiter bewährt hat,<sup>11)</sup> ob ein bestimmter Vorgang wissenschaftliches Fehlverhalten darstellt,<sup>12)</sup> oder ob oder wie wahrscheinlich es ist, dass ein Schuldner seine Pflichten erfüllt<sup>13)</sup>.

## B. Zusammenhang mit einer staatlichen Aufgabe und Durchführung durch Private

Alle genannten Bewertungen dienen einer staatlichen Aufgabe, werden aber von Privaten vorgenommen: von Einzelpersonen, wirtschaftlich tätigen Unternehmen, Vereinen und sonstigen Organisationen; von Zertifizierunternehmen, Kfz-Werkstätten, wissenschaftlichen Peers, Architekten, vom Österreichischen Integrationsfonds, von Wirtschafts- und Buchprüfern, „in der beruflichen Praxis stehenden Fachleuten“<sup>14)</sup>, von Fahrprüfern<sup>15)</sup> und Fahrprüferprüfern – und wenigstens einmal richtig: auch von Fahrprüferinnen, von Fahrprüferprüferinnen, von Fahrprüferinnenprüfern und von Fahrprüferinnenprüferinnen, – von privaten Psychologen, von Schüler- und Elternvertretern im Schulgemeinschaftsausschuss, von der Agentur für wissenschaftliche Integrität und von Ratingagenturen.

## C. Bewertungen als Machtausübung

Bewertungen dieser Art sind natürlich auch eine Form von Wissensbeschaffung durch Private und bilden oft einen Teil von Kontrollen, und in einem gewissen Sinn kann man jede Bewertung als Kontrolle bezeichnen, weil dabei die Einhaltung eines Bewertungsmaßstabs überprüft wird. Trotzdem weisen Bewertungen 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. Das gilt bei realistischer Betrachtung unabhängig davon, ob die Bewertung nur die Grundlage einer behördlichen Entscheidung bildet oder ob das Gesetz die Rechtsfolge an die Bewertung selbst knüpft. Zum anderen eröffnen sie dem Bewerter typischerweise einen Spielraum. Das volitive Element der Beurteilung lässt sich durch Verfahrens- und Maßstabsregelungen zwar verringern, aber kaum beseitigen. Bewertungen entziehen sich meist auch einer vollständigen Überprüfung, weil nicht alle Elemente, die dafür eine Rolle spielen, dokumentiert werden können. Man kann sie dann allenfalls wiederholen.

<sup>10)</sup> § 8 Abs 7 WaffG; dazu *Pfaller*, Die psychologische Begutachtung zwecks Erlangung von Waffenbesitzkarte und Waffenpass – empirische, materiell-rechtliche und legistische Aspekte, JRP 2013, 338.

<sup>11)</sup> § 26a Abs 3 LDG; dazu *Wieser*, Schulleiterbestellung auf Probe, S&R 2013, H 2, 15.

<sup>12)</sup> Zu den Stellungnahmen der Kommission für wissenschaftliche Integrität, einer Einrichtung der Agentur für wissenschaftliche Integrität, *Pöschl*, Wissenschaftliche Integrität, in: GedS Walter (2013) 609 (629).

<sup>13)</sup> Art 3 Abs 1 lit a VO 1060/2009.

<sup>14)</sup> § 351 Abs 4 GewO.

<sup>15)</sup> Fahrprüfer können dem Personalstand einer Gebietskörperschaft angehören oder auch nicht (vgl § 34a Abs 2 FSG); jedenfalls im letzteren Fall sind sie private Bewerber.

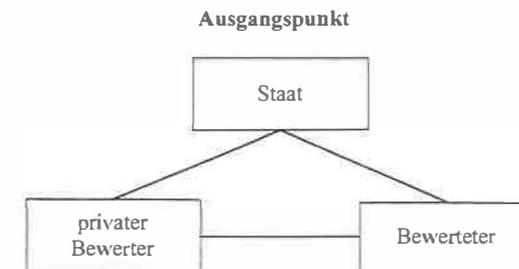
Die rechtliche Pflicht zur Bewertung, ihre entscheidende Rolle für den Erwerb und Erhalt von Berechtigungen und der mit ihnen verbundene Spielraum verleihen dem Bewertenden Macht. Daher kommt es hier stärker als bei anderen Funktionen auf die Person der Bewertenden und ihre Stellung an, um die Integrität und Objektivität zu gewährleisten. Handelt es sich um staatliche Organwalter, haben wir damit idR keine Schwierigkeiten, weil ein generelles Set von einschlägigen Vorschriften besteht, von der Zuständigkeitsordnung über die Befangenheit, die Verfahrensbindung und die Amtsverschwiegenheit bis zum Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte, und weil Organwalter nicht von vornherein Sonderinteressen haben, die einer objektiven Entscheidung in die Quere kommen können.

Bei Privaten ist das anders: Sie haben spezifische Interessen, deren Bändigung die Regelung ihrer Stellung besonders anspruchsvoll macht. Zum rechtlichen Instrumentarium gehören Vorschriften zur nötigen Ausbildung, Fachkenntnis und Berufserfahrung der Bewertenden, zu Fortbildung und Qualitätskontrolle, besonders aber zu ihrer Verlässlichkeit, Unabhängigkeit und zur Vermeidung von Interessenskonflikten, zu Bewertungsverfahren vom Recht auf Gehör bis zur Pflicht zur Begründung, zu Bewertungsstandards und ihrer Transparenz und zum Rechtsschutz gegen Bewertungsfehler und ihren Konsequenzen.

## II. Bewertungsrechtsverhältnisse

Um die Stellung der Bewertenden zu verstehen, reicht es nach meinem Dafürhalten nicht aus, diese Regelungen als solche zu kennen, sondern man muss auch wissen, welche Rechte und Pflichten wem gegenüber gelten. Ein Grundverständnis für die Beziehungen zwischen Beteiligten erscheint mir zunächst sogar wichtiger als der konkrete Inhalt der einzelnen Rechte und Pflichten. Damit kann ich mich im Anschluss an Andreas Wimmer<sup>16)</sup> den Bewertungsrechtsverhältnissen zuwenden.

Ausgangspunkt ist dabei das klassische Dreieck zwischen Verwaltungsbehörde, privatem Bewerber und ebenfalls privatem Bewerteten (Abbildung 1).

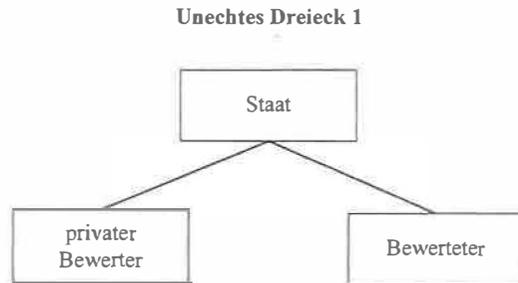


<sup>16)</sup> *Wimmer*, in diesem Band.

Freilich zeigt sich bei näherem Hinsehen, dass es hier durchaus unterschiedliche Varianten gibt.

### A. Unechte Dreiecke

Manche Dreiecke sind keine echten. Für fast alle Belange entpuppen sie sich vielmehr als bloße Zweiecke (Abbildung 2).

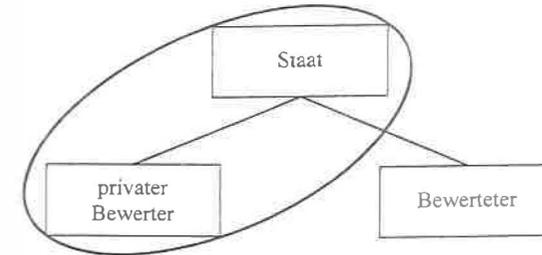


Beginnen wir mit der Mitwirkung Privater in staatlichen Bewertungsgremien, etwa von Architektinnen in der Grazer Altstadterhaltungskommission.<sup>17)</sup> Wenn ein solches Gremium eine Bewertung vornimmt, tut es das als Verwaltungsorgan, für das grundsätzlich die normalen Regeln für die Verwaltung gelten.<sup>18)</sup> Natürlich gibt es noch ein eigenes Rechtsverhältnis zwischen dem privaten Mitglied des Gremiums und seinem staatlichen Rechtsträger, in dem zB über Bestellung, Abberufung und Entlohnung des privaten Mitgliedes befunden wird. Doch diese Beziehung spielt – ebenso wie die dienstrechtliche Beziehung von öffentlich Bediensteten zu ihrem Dienstgeber – nach außen, gegenüber dem Bewerteten, also zB dem Bauwerber in der Altstadt, keine Rolle. Ihm gegenüber ist die private Architektin Teil der Kommission und die Kommission Teil des Landes Steiermark; ihr Gutachten im Bauverfahren Beweismittel, das der Grazer Baubehörde zugerechnet wird. Eine eigene Rechtsbeziehung zur Architektin hat der Bauwerber nicht (Abbildung 3).

<sup>17)</sup> § 12 f Grazer Altstadterhaltungsg.

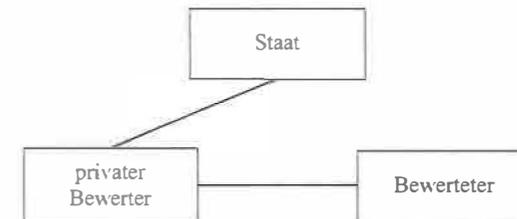
<sup>18)</sup> Dazu ausführlich *Lachmayer*, Beiräte in der Bundesverwaltung (2003) 71 ff, 133 ff. Dass Beiräte mangels Entscheidungsbefugnis keine Organe iSd Amtshaftungsrechts sind und nicht in Vollziehung der Gesetze handeln – so OGH 31.3.2009, 1 Ob 190/08k = EvBl 2009, 765 = SZ 2009, 765 = SZ 2009/43 – ist so pauschal fragwürdig – vgl *Lachmayer*, 22 ff – und widerspricht der Behandlung der Amtssachverständigen (dazu bei FN 35).

### Unechtes Dreieck 1



Das ist bei der praktischen Fahrprüfung anders: Wenn der Führerscheinininteressent mit dem Fahrprüfer im Auto sitzt, dann hat er auch ein Rechtsverhältnis zu ihm (Abbildung 4).

### Unechtes Dreieck 2



Und doch gleicht diese Konstellation der vorigen im Ergebnis: Fahrprüfer<sup>19)</sup> werden vom Landeshauptmann bestellt und gegebenenfalls auch wieder abberufen. Sie müssen vertrauenswürdig sein und über die notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen, ua auch die Fähigkeit, klar und freundlich zu kommunizieren und für einen nichtdiskriminierenden und respektvollen Ablauf der Prüfung zu sorgen; sie müssen neuerdings eine durch Verordnung intensiv geregelte Ausbildung durchlaufen und eine Befähigungsprüfung vor einer Kommission aus Fahrprüferprüfern bestehen, und sie müssen sich regelmäßig weiterbilden und Audits zur Qualitätssicherung absolvieren. Für ihre Tätigkeit haben sie Anspruch auf 85% der vom Prüfling zu bezahlenden Gebühr; der Anspruch richtet sich aber nicht gegen diesen, sondern gegen den „Landeshauptmann“<sup>20)</sup> (also wohl den Bund). Zu den praktischen Fahrprüfungen werden sie von einer Fahrschule, die genug Prüflinge gesammelt hat, angefordert und vom Landeshauptmann oder der von ihm beauftragten Stelle eingeteilt; diesem Ruf müssen

<sup>19)</sup> Die einschlägigen Vorschriften finden sich in § 34a f FSG iVm § 128 KFG und der FSG-PV.

<sup>20)</sup> § 15 Abs 3 FSG-PV.

sie folgen.<sup>21)</sup> Es gibt also viele Fahrprüfer, die in Frage kommen, aber eine Wahlmöglichkeit hat nur der Landeshauptmann oder die von ihm beauftragte Stelle. Der Prüfungsablauf ist ebenfalls detailliert vorgegeben;<sup>22)</sup> dabei sind die Fahrprüfer „bezüglich der dabei anzuwendenden Hilfsmittel und Methoden, insbesondere hinsichtlich von Verzeichnissen der zu erhebenden Umstände und zu stellenden Fragen, sowie hinsichtlich des Inhaltes und des Umfanges der Prüfung an die Weisungen des Landeshauptmannes gebunden, von dem sie bestellt wurden“<sup>23)</sup>. Fallen Mängel in der Fahrschulung oder der Prüfungsorganisation auf, muss der Fahrprüfer das dem Landeshauptmann melden.<sup>24)</sup>

Das Rechtsverhältnis zwischen Führerscheinbehörde und Fahrprüfer ist nach alledem zweifellos hoheitlich. ME aber trifft das auch auf das Verhältnis zwischen Prüfer und Prüfling zu. Dafür spricht, dass der Fahrprüfer dem Prüfling durch die Behörde zugeteilt wird; dass der Fahrprüfer den Kandidaten zur Prüfung zulassen muss, nachdem er dessen Identität und die Ablegung der theoretischen Prüfung kontrolliert hat;<sup>25)</sup> dass er dem Prüfling nach der einschlägigen Verordnung „Weisungen“ erteilen kann;<sup>26)</sup> dass er bei der Prüfung intensive inhaltliche Vorgaben durch Verordnung und behördliche Weisungen zu beachten hat; dass er gleichzeitig, wie beschrieben, Kontrollfunktionen gegenüber der ausbildenden und prüfungsorganisierenden Fahrschule wahrnimmt; dass er nach bestandener Prüfung den vorläufigen Führerschein aushändigt<sup>27)</sup>, und diesen Führerschein dazu auch vorher ausstellen muss; dass mit der erfolgreichen Absolvierung der der praktischen Fahrprüfung die öffentlich-rechtliche Lenkberechtigung ... als erteilt [gilt]“;<sup>28)</sup> der Fahrprüfer also nicht nur einen unselbständigen Bestandteil für eine behördliche Entscheidung liefert, sondern im Ergebnis selbst die Entscheidung trifft<sup>29)</sup>. Viele dieser Argumente sind für sich nicht zwingend; wir werden vor allem sehen, dass öffentlich-rechtliche Berechtigungen auch an privatrechtliche Bewertungen geknüpft werden können. Aber in ihrer Gesamtheit führen sie doch zu einer recht eindeutigen Qualifikation als hoheitliche Tätigkeit.

Hoheitliche Tätigkeiten sind aber *staatliche* Tätigkeiten, wer immer sie durchführt, mit weitreichenden Konsequenzen: Stimmt unsere Diagnose, ist der Fahrprüfer zwar bei der Fahrprüferprüfung und bei der Bestellung und Entlohnung, vielleicht auch noch bei der konkreten Einteilung für einen bestimmten Termin, grundrechtsberechtigt, bei der Fahrprüfung gegenüber den Kandidaten aber ebenso wie die Architektin in der staatlichen Kommission grundrechtsgebunden. Sein Verhalten ist dem Staat (konkret der Bezirksverwaltungsbehörde

<sup>21)</sup> § 6 Abs 1a, § 11 Abs 1 FSG-PV.

<sup>22)</sup> § 6 FSG-PV.

<sup>23)</sup> § 11 Abs 2 FSG-PV. Fast gleichlautend § 128 KFG, der nach § 34a Abs 1 FSG Anwendung findet.

<sup>24)</sup> § 11 Abs 5 FSG-PV. Dieser Punkt spielte für die Organqualifikation anderer privater Bewerter für die Amtshaftung eine Rolle; su FN 90, 92.

<sup>25)</sup> § 14 FSG-PV.

<sup>26)</sup> § 6 Abs 5 FSG-PV.

<sup>27)</sup> § 13 Abs 1 FSG, § 6 Abs 11, Anlage 2 FSG-PV.

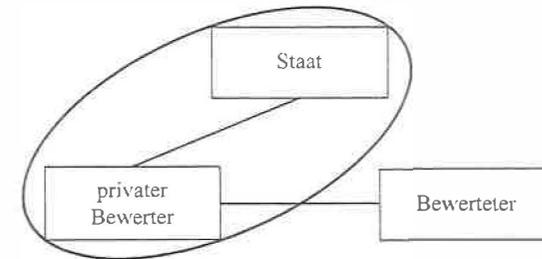
<sup>28)</sup> § 13 Abs 1 FSG.

<sup>29)</sup> Allgemein *Schragel*, AHG<sup>3</sup> (2003) Rz 41: Gutachten privater Sachverständiger, die unmittelbar Rechtswirkungen für eine Partei herbeiführen, sind hoheitliche Akte.

oder Landespolizeidirektion als Führerscheinbehörde<sup>30)</sup> und damit dem Bund) zuzurechnen;<sup>31)</sup> das gilt für den Rechtsschutz, in dem die Führerscheinbehörde belangte Behörde ist.<sup>32)</sup> und für den Schadenersatz, der im Amtshaftungsweg geltend gemacht werden kann<sup>33)</sup>.

Der Prüfling hat es also wieder nur mit einem Rechtssubjekt zu tun, dem Bund, findet sich also in einer Zweiecksituation. Nur besteht die Hauptbeziehung nicht zur Verwaltungsbehörde, sondern zum Privaten, der für die und als Verwaltungsbehörde handelt. Wenn man nur auf die Fahrprüfung als solche und nicht auch auf das gesamte Lenkberechtigungserwerbsverhältnis blickt, gibt es neben dem Verhältnis zum Fahrprüfer gar keine Beziehung des Prüflings zur Behörde (Abbildung 5).

Unechtes Dreieck 2



<sup>30)</sup> § 35 Abs 1 FSG.

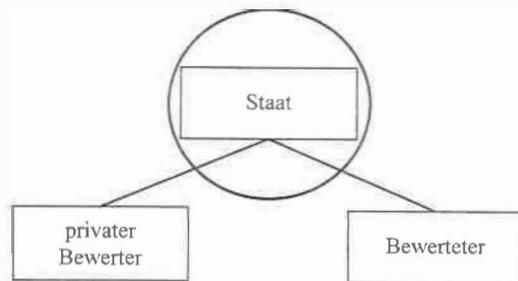
<sup>31)</sup> Vgl. *Grundtner/Pürstl*, FSG<sup>3</sup> (2013) § 12 FahrprüfungsV Anm 2: Prüfer ist Sachverständiger „der ... Behörde“.

<sup>32)</sup> Merkwürdigerweise finden sich in den FSG-Kommentaren keine Hinweise darauf, wie man sich gegen eine rechtswidrig negative Beurteilung der praktischen Fahrprüfung wehrt. Nach allgemeinen Grundsätzen kommt nur die Erwirkung und verwaltungsgerichtliche Anfechtung eines (negativen) Bescheides über den Antrag auf Erteilung der Lenkberechtigung (§ 5 Abs 1 FSG) in Betracht; zur bescheidförmigen Abweisungspflicht *Bachmann*, Straßenpolizei- und Kraftfahrrecht – ausgewählte Fragen, in: *Bachmann* ua (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht<sup>10</sup> (2014) 393 (410).

<sup>33)</sup> Einschlägige RSp gibt es anscheinend nicht; der OGH (21.2.1964, 10 Os 289/63 = ZVR 1964, 214) sah allerdings die Mitglieder der früheren Lenkerprüfungskommission nach § 105 KFG 1955 als „funktionell mit bestimmten Aufgaben der Hoheitsverwaltung des Bundes betraut“ und vom Beamtenbegriff des damaligen § 101 StG (Amtsmissbrauch) erfasst; ebenso OGH 22.9.1994, 12 Os 111/94 zu einem nach § 126 KFG vom Landeshauptmann bestellten und von seiner Dienststelle der Führerscheinbehörde zur Verfügung gestellten Fahrprüfer und § 74 Z 4 StGB. Vgl. auch den Erlass BMöVV 19.12.1988, 439.600/24-I/7-88, zitiert nach *Grubmann*, FSG<sup>2</sup> (2013) § 6 FSG-PV Anm 4: „Amtshaftung kann eintreten, wenn der Prüfer bei Erteilung seiner Anweisungen an den Kandidaten rechtswidrig und schuldhaft handelt.“ Allgemein *Schragel* (FN 29) Rz 41: Wenn private Sachverständige „vom Gesetz berufen sind, mit ihrem Gutachten unmittelbar Rechtswirkungen für eine Partei herbeizuführen, werden diese Sachverständigen, auch wenn sie nicht Amtssachverständige sind, Organe iSd § 1 Abs 2 AHG.“ Vgl. auch OGH 17.6.2014, 1 Ob 79/14w = ZVR 2014, 329: keine Amtshaftung für einen behördlich bestellten Flugprüfer, weil er bloß ein Gutachten für die Behörde abgibt und selbst keine hoheitlichen Befugnisse ausübt.

Eine dritte Variante eines unechten Dreiecks bieten die nichtamtlichen Sachverständigen im **Verwaltungsverfahren**. Dass ihre **Bestellung ihnen selbst gegenüber ein Bescheid**, gegenüber den Parteien des **Verwaltungsverfahrens** aber nur eine nicht gesondert anfechtbare **Verfahrensordnung** ist,<sup>34)</sup> zeigt schon das **Wesentliche**, nämlich dass es kein direktes Rechtsverhältnis zwischen Sachverständigen und Parteien gibt (Abbildung 6).

Unechtes Dreieck 3



Die nichtamtlichen Sachverständigen werden – anders als die Architektin in der Kommission oder der Fahrprüfer – nicht Teil der Behörde.<sup>35)</sup> Das merkt man zB daran, dass sie im Gegensatz zu Amtssachverständigen oder behördlichen Organwaltern von den Parteien abgelehnt werden können,<sup>36)</sup> und dass sie, was die Aussagepflicht im Verfahren anbelangt, wie Zeugen behandelt, also gegebenenfalls auch mit Ordnungsstrafen belegt werden und für Schäden durch Weigerung oder Säumnis nach ausdrücklicher Vorschrift selbst haften.<sup>37)</sup> Schließlich handeln sie zwar aufgrund hoheitlicher Bestellung und Beauftragung durch die Behörde, allenfalls auch auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Duldungs- und Mitwirkungspflichten der Bewerteten, doch ist ihre Gutachtenstätigkeit selbst nach hL nicht hoheitlicher Art, und sie unterliegen nicht der Amtshaftung, sondern haften selbst.<sup>38)</sup>

<sup>34)</sup> ZB *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>10</sup> (2014) Rz 364 mwN.

<sup>35)</sup> ZB *Funk*, Die Aufgaben des Sachverständigen im Rahmen rechtlicher Entscheidungen – Verfassungsfragen der Sachverständigentätigkeit, in: *Aicher/Funk* (Hrsg), *Der Sachverständige im Wirtschaftsleben* (1990) 1 (16 f); *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>5</sup> (2009) 204. Das ist freilich umstritten: *Zellenberg*, *Der Sachverständige im Bereich des Verwaltungsrechts*, in: *Atlmayr/Walzel von Wiesentreu* (Hrsg), *Handbuch des Sachverständigenrechts* (2006) 65 (85, 88 ff mwN).

<sup>36)</sup> § 53 AVG.

<sup>37)</sup> § 52 Abs 4 letzter Satz iVm § 49 AVG.

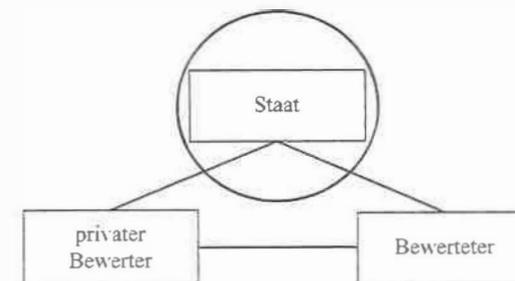
<sup>38)</sup> ZB *Funk* (FN 35) 18 f; *Schrägel* (FN 29) Rz 41; kritisch zB *Zechner*, *Der gerichtliche Sachverständige – Privater oder Beweisorgan im Sinne des § 1 Abs 2 AHG?*, JBl 1986, 415 (422 f); *Zellenberg* (FN 35) 90 f.

Dass das nicht nur für die Gutachtenserstellung, sondern auch etwa für die Sicherung von Beweismitteln, die Probenentnahme oder für Anordnungen zur Inbetriebnahme oder Außerbetriebnahme von Maschinen und zur Vornahme betrieblicher Verrichtungen gilt, zu denen verschiedentlich Gesetze nicht nur behördliche Organe, sondern auch Sachverständige ermächtigen,<sup>39)</sup> erscheint mir nicht ausgemacht. Die Praxis spürt das Problem und will es anscheinend vermeiden: Anordnungen dieser Art, heißt es im einem Durchführungserlass, „sollen nur von den Organen der zur Vollziehung der gewerberechtlichen Vorschriften zuständigen Behörden erteilt werden. Soweit der herangezogene Sachverständige kein Organ einer solchen Behörde ist, hat das behördliche Organ jene Anordnungen zu treffen, die der herangezogene Sachverständige als für die Durchführung seiner Tätigkeit für notwendig erachtet.“<sup>40)</sup> Falls diese Weisung nicht befolgt wird, sind wir in einer ähnlichen Lage wie beim Fahrprüfer, also einer anderen Variante des unechten Dreiecks.

## B. Echte Dreiecke

Manche Dreiecke sind echt in dem Sinn, dass es drei unterschiedliche Rechtssubjekte und drei getrennt betrachtbare Rechtsverhältnisse zwischen ihnen gibt (Abbildung 7).

Echtes Dreieck



Ein gutes Beispiel dafür bietet die Zertifizierung als besondere Form der Konformitätsbewertung, wie sie nach dem sogenannten neuen Ansatz von der EU ua für die Sicherheit von Produkten vorgesehen wird. Vereinfacht gesagt, ist die Zertifizierung die Bestätigung, dass ein bestimmtes Produkt jene grundlegenden Anforderungen erfüllt, die die jeweiligen Richtlinien und ihre Umsetzungsakte verlangen, damit das Produkt in Verkehr gebracht und im gesamten

<sup>39)</sup> ZB § 338 GewO, der „Organe“ und „herangezogene Sachverständige“ in bestimmten Fällen unterscheidet (Abs 1, 2, 3), in anderen nicht (Abs 4).

<sup>40)</sup> DFE zitiert nach *Gruber/Pallege-Barfuß*, *GewO*<sup>7</sup> (Stand 1.1.2014, rdb.at) § 338 Anm 20.

Binnenmarkt frei vertrieben werden kann. Bei zumindest nicht ganz ungefährlichen Produkten muss der Hersteller oder Importeur eine solche Bestätigung von einer unabhängigen Konformitätsbewertungsstelle besorgen.<sup>41)</sup>

Konformitätsbewertungsstellen können staatliche Einheiten oder, was häufiger ist und uns hier interessiert, private Unternehmen sein. Damit sie diese Funktion ausüben dürfen, müssen sie nach einer EU-Verordnung und den begleitenden nationalen Regelungen vom Staat „akkreditiert“ – in Österreich nach dem Akkreditierungsgesetz mit Bescheid von der „Akkreditierung Austria“, einer Einheit des Wirtschaftsministeriums – und dann von der jeweils sachlich zuständigen Behörde – zB bei Medizinprodukten vom Gesundheitsminister – der Europäischen Kommission benannt oder notifiziert werden.<sup>42)</sup> Voraussetzung dafür ist wiederum, dass sie bestimmte Kriterien erfüllen, die jeweils in den spezifischen Produktrichtlinien und ihren Umsetzungsakten<sup>43)</sup> festgelegt werden. Regelmäßig geht es dabei um die Ausstattung mit Ressourcen und Personal, um die Sachkenntnis und die Integrität des Personals, die Unabhängigkeit der Tätigkeit des Unternehmens von allen Geprüften und sonstig Interessierten, die Wahrung von Berufsgeheimnissen und eine Haftpflichtversicherung.

Das Verhältnis zwischen Staat und Produkthersteller ist ebenso unstrittig hoheitlich wie das Akkreditierungsverhältnis zwischen Staat und Konformitätsbewertungsstelle. Nicht so klar ist dies beim Zertifizierungsverhältnis zwischen Hersteller und Konformitätsbewertungsstelle. Weil die (positive) Konformitätsbewertung, wie beschrieben, den Marktzugang eröffnet, aber auch Kontrollrechte gegenüber dem Hersteller voraussetzt<sup>44)</sup> und unter bestimmten Umständen einseitig (ganz oder teilweise) zurückgezogen werden muss,<sup>45)</sup> liegt zunächst ei-

<sup>41)</sup> ZB Art 2, 3, 11, 17 MedizinprodukteRL, § 6, 27 MedizinprodukteG; Art 2, 3, 8, 9 GasverbrauchseinrichtungenRL 2009/142/EG; § 71 GewO, § 1 ff Gasgeräte-Sicherheitsverordnung, Allgemein zB *Röhl*, Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht (2000); *Röhl/Schreiber*, Konformitätsbewertung in Deutschland (2005), zugänglich über [http://kops.uni-konstanz.de/bitstream/handle/123456789/3381/Volltext\\_Studie\\_Internet.pdf?sequence=2&isAllowed=y](http://kops.uni-konstanz.de/bitstream/handle/123456789/3381/Volltext_Studie_Internet.pdf?sequence=2&isAllowed=y) (7.10.2014), auch unter Einbeziehung weiterer Staaten: *Dimitropoulos*, Zertifizierung und Akkreditierung im Internationalen Verwaltungsverband (2012) 100 ff, auch zum internationalen Zusammenhang v.a. mit dem TBT-Abkommen (83 ff); *Holoubek/Fuchs*, Akkreditierung und Zertifizierung, in: *Holoubek/Patacs* (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht<sup>3</sup> (2013) II 519.

<sup>42)</sup> VO 765/2008/EG; AkkG; § 36 Abs 2 MedizinprodukteG. *F. Reimer*, Qualitäts-sicherung (2010) 392 ff; *Merli*, Private Vorgaben für den Staat: Akkreditierung nach technischen Normen und Verbandsregeln, in: FS B. Raschauer (2013) 383.

<sup>43)</sup> ZB Art 16, Anhang XI MedizinprodukteRL 93/42/EWG, §§ 36 f MedizinprodukteG; Anhang V GasverbrauchseinrichtungenRL 2009/142/EG, § 71 Abs 4 GewO, § 38 f Gasgeräte-Sicherheitsverordnung.

<sup>44)</sup> ZB Anhang II 2.2., 5.2.-5.4., Anhang V 3.3., 4.2.-4.4., Anhang VI, 3.3., 4.2.-4.4. MedizinprodukteRL 93/42/EWG, §§ 68 Abs 3 MedizinprodukteG; Anhang II 2.2., 2.3., 3.4.2.-3.4.4., 4.4.2., 4.4.4. GasverbrauchseinrichtungenRL 2009/142/EG, § 71 Abs 5 GewO, §§ 14, 17, 20 Gasgeräte-Sicherheitsverordnung.

<sup>45)</sup> ZB Art 14a Abs 1 lit b, Art 16 Abs 6 MedizinprodukteRL 93/42/EWG, § 37 Abs 9 Z 2 und Abs 10, § 67 Abs 3 MedizinprodukteG; Anhang II 1.6, 3.3.5., 4.3.5. GasverbrauchseinrichtungenRL, § 71 Abs 5 GewO, § 12 Abs 5-7, § 14 Abs 4 f, § 16

ne hoheitliche Deutung ist einer Befehlsnahe.<sup>46)</sup> Bei näherer Betrachtung überzeugt jedoch zumindest in Österreich eine privatrechtliche Qualifikation mehr.<sup>47)</sup> Regelmäßig stehen für ein Produkt mehrere Konformitätsbewertungsstellen zur Verfügung. Die im konkreten Fall tätige Stelle wird dem Hersteller nicht – als „gesetzlicher Richter“ – behördlich zugewiesen, sondern er kann sie unter den akkreditierten Stellen aller Mitgliedstaaten auswählen.<sup>48)</sup> Mit der gewählten Stelle muss er sich dann auf die Modalitäten der Bewertung und den Preis einigen.<sup>49)</sup> Der privatrechtliche Vertrag erzeugt nicht nur den Entgeltanspruch der Bewertungsstelle, der ohne Vertrag nicht besteht; er räumt ihr oft auch (erst) jene Befugnisse zur Kontrolle und zur Zurückziehung ihrer Zertifizierung ein, die in den einschlägigen Regelungen manchmal nur vorausgesetzt, aber eben nicht einseitig begründet werden.<sup>50)</sup> Die Pflicht der Konformitätsbewertungsstellen zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung ist ein weiteres, wenn auch nicht zwingendes Argument, weil sie, auch nach einigen österreichischen Umsetzungsvorschriften, entfallen kann, wenn eine Haftung des Staates besteht,<sup>51)</sup> aber immerhin rechnen diese Vorschriften mit der Möglichkeit einer privatrechtlichen Gestaltung, und auch wenn das Unionsrecht die Möglichkeit einer staatlichen Haftung vorsieht, könnte die aus einer hoheitlichen Qualifikation folgende Amtshaftung für die Konformitätsbewertung *privater* Stellen eine beihilfenrechtlich problematische Wettbewerbsverzerrung sein. Für eine privatrechtliche Lösung spricht nicht zuletzt auch die Unvereinbarkeit einer

Abs 7 f, § 19 Abs 8 f, § 22 Abs 3 f, § 24 Abs 7 f, § 26 Abs 5 f Gasgeräte-Sicherheitsverordnung.

<sup>46)</sup> ZB *Reimer* (FN 42) 286 f. Weitere Nachweise aus Deutschland bei *Röhl* (FN 41) 26 FN 19. *Röhl* selbst spricht zwar von der „Wahrnehmung von Hoheitsbefugnissen“ (23, ähnlich 26), lässt aber keinen Zweifel an der privatrechtlichen Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses (23, 24, 26, 28, 91, 92); ähnlich *Röhl/Schreiber* (FN 41) 50 ff, 63, 109 ff. Für ein gemischtes Recht der gesellschaftlichen Administration neuer Art *Dimitropoulos* (FN 41) 105, 126 mwN, 251 ff, 288 ff. Für eine hoheitliche Qualifikation der Zertifizierung von Sprachkursen durch den österreichischen Integrationsfonds auf der Grundlage des NAG VfSlg 19.728/2012; allerdings unterscheidet sich diese Zertifizierung ganz wesentlich von der hier beschriebenen, ua durch das Monopol und die ordnungsförmige Regelung der Kontrolle und Entziehungsbefugnisse des Integrationsfonds; dazu auch *Holoubek*, Das „Zertifizierungsrechtsverhältnis“ – Überlegungen zu „Staat“ und „Privat“ im Wirtschaftsrecht, in: FS Stolzlechner (2013) 259 (270 FN 43).

<sup>47)</sup> Ebenso *Holoubek* (FN 46).

<sup>48)</sup> Zur Wahlmöglichkeit, die im Übrigen mangels entgegenstehender Vorschriften besteht, ausdrücklich zB Art 11 Abs 10 MedizinprodukteRL 93/42/EWG; § 29 Abs 1 MedizinprodukteG. Allerdings kann nur eine Bewertungsstelle gewählt werden; Verfahren bei mehreren Stellen sind unzulässig; su bei FN 56.

<sup>49)</sup> Hinweise darauf zB in Art 11 Abs 11 („Vertrag“) und Art 16 Abs 4, Anhang III 4.4. („vereinbart“) MedizinprodukteRL 93/42/EWG.

<sup>50)</sup> ZB Kontrollrechte im Medizinprodukterecht (FN 44) und Zurückziehungsbefugnisse im Gasgeräterecht (FN 45). ZT sind solche Befugnisse aber auch vertragsunabhängig eingeräumt, so die Zurückziehungsrechte in § 37 Abs 10 MedizinprodukteG.

<sup>51)</sup> ZB § 37 Abs 6 MedizinprodukteG; § 39 Gasgeräte-Sicherheitsverordnung. Keinen Vorbehalt zugunsten einer staatlichen Haftung enthält § 12 Abs 7 AkkG. Zu den unionsrechtlichen Vorgaben oben FN 43.

hoheitlichen Konstruktion mit der binnenmarktweiten und internationalen Tätigkeit der Konformitätsbewertungsstellen: Man könnte sich zwar noch vorstellen, dass das EU-Recht den Konformitätsbewertungsstellen implizit die Ausübung von Hoheitsbefugnissen auch in anderen Mitgliedstaaten und mit Wirkung für andere Mitgliedstaaten erlaubt, nicht aber, dass eine solche Erlaubnis ohne gesonderte völkervertragliche Grundlage auch für hoheitliche Spontankontrollen oder die Erlassung eines Bescheides über die Verweigerung einer Zertifizierung durch eine österreichische Konformitätsbewertungsstelle gegenüber einem Hersteller in China gelten kann.<sup>52)</sup> Schließlich scheint auch die Rechtspraxis ohne viel Grübeln von einem privatrechtlichen Verhältnis auszugehen, in einem französischen Schadenersatzprozess gegen einen deutschen TÜV wegen fehlerhafter Brustimplantate<sup>53)</sup> ebenso wie im deutschen Ausgangsverfahren zur Fra.bo-Entscheidung des EuGH<sup>54)</sup>, in der die Diskriminierungsverbote aus der Warenverkehrsfreiheit auch auf private Zertifizierer erstreckt wurden.

Gerade diese Entscheidung zeigt aber auch, dass das Bewertungsverhältnis zwar ein privatrechtliches, durch Vertrag begründetes, aber wegen seiner Marktzulassungsfunktion auch ein besonders ist, in dem keine unbeschränkte Vertragsfreiheit herrschen kann. Wesentliche Beschränkungen sind schon in den einschlägigen Richtlinien und ihren Umsetzungsvorschriften vorgegeben, so vor allem das Prüfverfahren, für das jeweils bestimmte Module einzeln oder kombiniert Anwendung finden,<sup>55)</sup> Vorschriften, die verhindern sollen, dass Zertifizierungsverfahren für dasselbe Produkt bei mehreren Bewertungsstellen laufen,<sup>56)</sup> oder die Pflicht der Bewertungsstelle, Entscheidungen zu begründen<sup>57)</sup> oder bei der nachträglichen Entziehung oder Einschränkung von Zertifizierungen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten<sup>58)</sup>. Dazu kommen techni-

<sup>52)</sup> Vgl. Röhl (FN 41) 26 ff. Für WTO-Mitglieder käme allerdings Art 5 TBT-Abkommen (BGBl 1995/1) in Betracht; dazu Dimitropoulos (FN 41) 83 ff.

<sup>53)</sup> Berichte darüber unter <http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheit/pip-skandal-in-frankreich-deutscher-tuev-muss-fuer-billig-brustimplantate-haften-12664296.html>, <http://fr.reuters.com/article/topNews/idFRPAEA0K03G20140121?pageNumber=1&virtualBrandChannel=0> und <http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/brustimplantate-skandal-tuev-rheinland-zahlt-5-7-millionen-euro-an-opfer-aus-12767841.html> (jeweils 8.10.2014).

<sup>54)</sup> EuGH 12.7.2012, Rs C-171/11, Fra.bo Spa, noch nicht in Slg.

<sup>55)</sup> Etwa Baumusterprüfung, Qualitätssicherung Produkt oder Qualitätssicherung Produktion: ZB Art 11, Anhänge II-VII MedizinprodukteRL 93/42/EWG, VO über die Konformitätsbewertung von Medizinprodukten, BGBl II 2004/57; Art 8 und Anhang II GasverbrauchseinrichtungenRL 2009/142/EG, §§ 4, 11 ff Gasgeräte-Sicherheitsverordnung.

<sup>56)</sup> ZB Anhang II 3.1. MedizinprodukteRL 93/42/EWG, § 29 Abs 1 MedizinprodukteG; Anhang 2 1.1. GasverbrauchseinrichtungenRL 2009/142/EG, § 11 Abs 3 Z 2 Gasgeräte-Sicherheitsverordnung.

<sup>57)</sup> ZB Anhänge II, V, VI, jeweils 3.3. und 3.4. MedizinprodukteRL 93/42/EWG, § 2 Abs 1 iVm § 1 Abs 1 VO über die Konformitätsbewertung von Medizinprodukten, BGBl II 2004/57; Anhang II 1.6., 3.3.3., 3.3.4., 4.3.3., 4.3.5. GasverbrauchseinrichtungenRL 2009/142/EG, § 12 Abs 5, § 16 Abs 4 § 19 Abs 5 Gasgeräte-Sicherheitsverordnung.

<sup>58)</sup> ZB Art 16 Abs 6 MedizinprodukteRL, § 37 Abs 10 MedizinprodukteG.

sche Normen, die weitere allgemeine oder produktspezifische Vorgaben zu Prüfverfahren enthalten.<sup>59)</sup> Werden die Fundstellen solcher Normen von der Europäischen Kommission veröffentlicht, begründet die Einhaltung der Normen die Vermutung, dass auch die Anforderungen der entsprechenden Richtlinien und nationalen Umsetzungsrechtsakte erfüllt werden; das ändert aber nichts daran, dass die technischen Normen unverbindlich bleiben. Allerdings verpflichtet § 7 des österreichische Akkreditierungsgesetz die Konformitätsbewertungsstellen, die Anforderungen dieser Normen ebenso zu erfüllen wie die Anleitungsdokumente des durch die EU verordnungsförmig anerkannten Verbands der Akkreditierungsbehörden der Mitgliedstaaten, einer privatrechtlichen Organisation nach niederländischen Recht<sup>60)</sup>. Damit werden aus unverbindlichen Vorgaben rechtliche Pflichten. Unter ihnen finden sich nicht nur technische Details, sondern auch rechtsstaatliche Edelsteine, etwa intensive Vorkehrungen gegen Interessenskonflikte<sup>61)</sup>, das Recht auf Gehör<sup>62)</sup> und folgende Anordnungen:

„4.1.1 Die grundsätzlichen Regelungen und Verfahren, nach denen die Zertifizierungsstelle arbeitet, sowie deren administrative Anwendung dürfen selbst nicht diskriminierend sein und dürfen auch nicht diskriminierend angewendet werden. Soweit in dieser Norm nicht anders festgelegt, dürfen die Verfahren nicht derart angewendet werden, dass die Teilnahme von Antragstellern erschwert oder verhindert wird.“

4.1.2 Die Zertifizierungsstelle muß ihre Dienstleistungen allen Antragstellern zur Verfügung stellen, deren Tätigkeitsfelder in ihrem erklärten Aufgabebereich liegen. Unangemessene finanzielle oder anderweitige Bedingungen sind unzulässig. Die Inanspruchnahme darf nicht an Bedingungen, wie die Größe des Antragstellers oder die Mitgliedschaft in einer Vereinigung

<sup>59)</sup> ZB ÖNORM EN 45011:1998 „Allgemeine Anforderungen an Stellen, die Produktzertifizierungssysteme betreiben (ISO/IEC Guide 65:1996)“, Fundstelle veröffentlicht in ABI 2012 C 149/1; ab 2015 ersetzt durch ÖVE/ÖNORM EN ISO/IEC 17065 „Konformitätsbewertung – Anforderungen an Stellen, die Produkte, Prozesse und Dienstleistungen zertifizieren (ISO/IEC 17065:2012)“, Fundstelle veröffentlicht in ABI 2013, C 258/5; ÖNORM EN ISO 13485 „Medizinprodukte – Qualitätsmanagementsysteme – Anforderungen für regulatorische Zwecke (ISO 13485:2003)“, Fundstelle veröffentlicht in ABI 2014 C 149/3; ÖNORM EN 377:1996 „Schmierstoffe für die Anwendung in Geräten und zugehörigen Stellgeräten für Brenngase außer denjenigen, die für die Anwendung in industriellen Prozessen vorgesehen sind“, Fundstelle veröffentlicht in ABI 2010 C 349/5.

<sup>60)</sup> „Europäische Kooperation für Akkreditierung (EA)“, Art 14 Abs 6, Anhang I VO 765/2008/EG.

<sup>61)</sup> ÖNORM EN 45011: 1998 (FN 59) Nr 4.2 und IAF Guidance on the Application of ISO/IEC Guide 65:1996, Punkte G.4.2.8 ff. Das Guidance-Dokument ist nach Art 7 Abs 1 Z 3 AkkG wohl verbindlich, weil es von der Europäischen Kooperation für Akkreditierung (EA) zwar nicht selbst erstellt, aber angenommen und herausgegeben wurde; s <http://www.european-accreditation.org/publications> (9.10.2014). Eine deutsche Übersetzung bietet Teil B des Leitfadens der österreichischen Akkreditierungsbehörde „L07 Akkreditierungserfordernisse 45011 – Zertifizierungsstelle für Produkte (V07\_20121219)“, zugänglich über <http://www.bmwf.gv.at/TechnikUndVermessung/Akkreditierung/Seiten/DownloadsPIZ.aspx> (9.10.2014).

<sup>62)</sup> Nur als Soll-Vorschrift in IAF Guidance (FN 61) Punkt G.12.2.

oder Gruppe, geknüpft sein. Die Zertifizierung darf nicht von der Zahl der bereits ausgegebenen Zertifikate abhängig gemacht werden.“<sup>63)</sup>

Über den Umweg technischer Normen werden Konformitätsbewertungsstellen also an den Gleichheitssatz gebunden, einem Kontrahierungszwang unterworfen und in ihrer Preisgestaltung beschränkt. Dass diese Pflichten nicht nur gegenüber der Behörde, als Voraussetzung für Erteilung und Aufrechterhaltung der Akkreditierung, sondern auch gegenüber den Kunden der Konformitätsbewertungsstellen bestehen, ergibt sich aus § 879 und § 1311 ABGB.<sup>64)</sup> Auch wenn die Anordnungstechnik umständlich erscheint und die Rechtsquellen schlecht zugänglich sind, wird damit im Ergebnis ein Niveau erreicht, das einem Verwaltungsverfahren zur Genehmigung des Produkts nicht nachsteht, sondern es in manchen, zB bei der Unabhängigkeit der Genehmigenden und der Vermeidung von Interessenkonflikten, sogar übertrifft.

Für Probleme muss die Konformitätsbewertungsstelle ein internes Beschwerdeverfahren mit Erledigungs- und Begründungspflicht einrichten.<sup>65)</sup> Vertragspartner der Konformitätsbewertungsstellen können sich auch mit einer Aufsichtsbeschwerde an die Akkreditierungsbehörde wenden;<sup>66)</sup> in manchen Bereichen ist diese Möglichkeit detaillierter geregelt.<sup>67)</sup> Grundsätzlich wird der Rechtsschutz aber vor Zivilgerichten gewährt. Das ist auch besser so, weil der Hersteller aus dem Vertrag direkt auf Leistung klagen kann.

Konformitätsbewertungsunternehmen bleiben private Grundrechtsträger und werden trotz Überwachung und Aufsicht<sup>68)</sup> nicht Organe des Staates. Der Staat kann dem Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen die Akkreditierung wieder entziehen, aber weitergehende Befugnisse, va durch Weisungsrechte, wie sie für hoheitlich tätige Akteure in vergleichbaren Situationen verfassungsrechtlich gefordert werden,<sup>69)</sup> hat er nicht. Ein Verweis auf die verfassungsrechtlich eingeräumte Möglichkeit, auch hoheitliche sachverständige Prüfungen von der Weisungsbindung auszunehmen (Art 20 Abs 2 Z 1 B-VG), kann den geringeren staatlichen Einfluss nicht rechtfertigen, denn die Konformitätsbewertung im Rahmen der einschlägigen Richtlinien geht über eine bloße Prüfung hinaus, weil sie ohne weitere behördliche Entscheidung den Marktzu-

<sup>63)</sup> ÖNORM EN 45011: 1998 (FN 59) Nr 4.1.1, 4.1.2. Weitere Präzisierungen in IAF Guidance (FN 61) Punkt G.4.1.1.

<sup>64)</sup> Zu solchen Fällen B. Raschauer, Verbraucherschutzrechtliche Dimensionen im Wirtschaftsordnungs- und Wirtschaftsaufsichtsrecht, in: Aicher/Holoubek (Hrsg), Der Schutz von Verbraucherinteressen (2000) 17 (55 ff).

<sup>65)</sup> ÖNORM EN 45011: 1998 (FN 59) Nr 7; IAF Guidance (FN 61) Punkte G.7.1 bis G.7.3.

<sup>66)</sup> Art 9 Abs 4 VO 765/2008/EG; § 11 Abs 1 AkkG. Der von Holoubek (FN 46) 268 FN 36 zitierte Musterbeschluss 768/2008/EG ist für Dritte nicht verbindlich, sondern nur eine Vorgabe für die EU-Rechtsetzung.

<sup>67)</sup> § 71 Abs 5 GewO, § 12 Abs 5–7, § 14 Abs 4 f, § 16 Abs 7 f, § 19 Abs 8 f, § 22 Abs 3 f, § 24 Abs 7 f, § 26 Abs 5 f Gasgeräte-Sicherheitsverordnung.

<sup>68)</sup> Art 5 Abs 3 VO 765/2008/EG; §§ 11 f AkkG; Art 16 Abs 3 MedizinprodukteRL, § 69 MedizinprodukteG.

<sup>69)</sup> Vgl VfSlg 19.728/2012 (FN 46).

gang eröffnet.<sup>70)</sup> Als Kompensationsfaktoren anführen lassen sich aber die nationale und internationale Koordinierung und der Erfahrungsaustausch untereinander, der von den Bewertungsstellen erwartet wird,<sup>71)</sup> und nicht zuletzt der

<sup>70)</sup> S oben bei FN 41. Das war bei der Sprachkurs-Zertifizierung (nur) nach österreichischem Recht übrigens auch so: VfSlg 19.728/2012 (FN 46).

<sup>71)</sup> Verbindliche Regelungen sind nicht leicht zu finden; Art R 17 Abs 11 Musterbeschluss 768/2008/EG, den Dimitropoulos (FN 41) 107 f, nennt, verpflichtet Dritte nicht, § 12 Abs 2 AkkG passt nicht wirklich. Vgl aber European Commission, The „Blue Guide“ on the implementation of EU product rules (2014), zugänglich über <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/4942> (17.10.2014) 66: „In recognition of the fact that notified bodies fulfil tasks delegated to them by public authorities, they are obliged to take part in coordination activities organised by the Commission. The latter, together with the Member States, ensures that coordination is organised between the notified bodies.

A coordination group of notified bodies is established for each Union harmonisation legislative act or for several related acts, and its work is limited to technical problems relating to conformity assessment in order to ensure a uniform application of the technical provisions of the applicable legislation. To that end, it should be free to define its rules of work and constitution. Each group of notified bodies has a technical secretariat and a chairman.

Generally, the groups of notified bodies are composed of representatives of notified bodies. To achieve a higher degree of efficiency in their work the groups can set up subgroups with a restricted number of participants to discuss specific technical questions. The Commission is represented in the groups. Governmental experts and representatives of the authorities directly responsible for the effective implementation of Union harmonisation legislation can participate as observers in the groups. The European standardisation organisations (CEN, CENELEC and ETSI) are represented in the groups when standards related issues arise. The groups may also invite relevant European federations other interested parties. Where the groups of notified bodies have to treat subjects of a confidential nature, the participation in meetings is restricted as deemed necessary.

If a body refuses to cooperate, the notification may be withdrawn. However, the notified bodies are not obliged to participate in meetings at European level if they keep themselves informed of, and apply the administrative decisions and documents produced by their group. The relevant working documents, meeting reports, recommendations and guidelines produced by the sectoral and inter-sectoral groups of notified bodies or their subgroups should be circulated to all notified bodies forming part of those groups, whether they have taken part in the meetings or not. The information exchange and communication can be enhanced by use of a platform such as CIRCABC, hosted by the Commission.

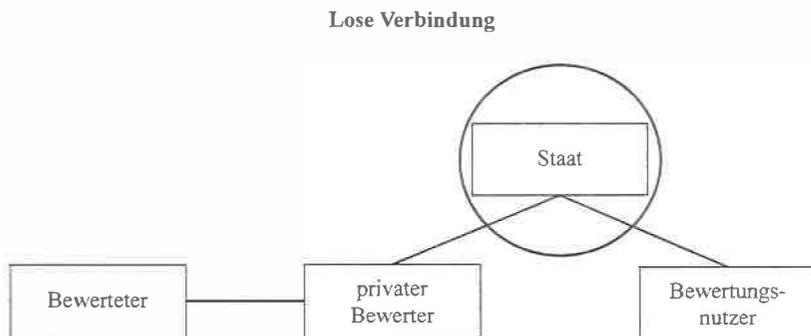
National coordination groups are also encouraged and where those exist, notified bodies from a given Member State might be required to take part in their activities.“

Kooperationsbeispiele bieten das Horizontal Committee of Notified Bodies for Personal Protective Equipment und die gemeinsam erstellten „Technical sheets for coordination“ mit dem Vermerk: „It is expected that all NBs stick to the common positions as published.“ Fundstelle: [ec.europa.eu/enterprise/sectors/mechanical/documents/legislation/personal-protective-equipment/notified-bodies/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/mechanical/documents/legislation/personal-protective-equipment/notified-bodies/index_en.htm); The Radio and Telecommunications Terminal Equipment Compliance Association, [rtteca.com](http://rtteca.com); European Federation of Associations of Certification Bodies, [efac.eu.com](http://efac.eu.com); International Confederation of Inspection and Certification Organisations, [ceoc.com](http://ceoc.com) (jeweils 17.10.2014). Weitere Hinweise, auch zum uneinheitlichen Erfolg, bei Hanson, CE Marking, Product Standards and World Trade (2005) 91 ff; Röhl/Schreiber (FN 41) 58, 107 ff, 197 f, 319; Dimitropoulos (FN 41) 107 ff.

Wettbewerb zwischen ihnen: ein Wettbewerb für wiederkehrende Leistungen, in dem auch drohende Reputationsverluste eine disziplinierende Wirkung entfalten.

### C. Lose Verbindungen

Manche Dreiecke sind schließlich gar keine Vielecke, sondern nur eine Kombination loser Verbindungen (Abbildung 8).



Eine bloß lose Verbindung der Akteure schafft die kürzlich erfolgte Regelung von Ratingagenturen.<sup>72)</sup> Ratings sind „standardisierte Meinungsäußerungen über künftige Fähigkeit, rechtliche Verpflichtung und Bereitschaft eines Emittenten, Zahlungen von Zins und Tilgung einer von ihm begebenen Schuldverschreibung termingerech und vollständig zu erfüllen“<sup>73)</sup>. Ratings wurden ursprünglich nur für private Zwecke der Emittenten, der Anleger und der Kreditgeber verwendet und nicht staatlich geregelt. Seit einiger Zeit müssen aber die Banken und andere Finanzmarktakteure ihre Risiken bewerten und je nach Ergebnis unterschiedlich viel Eigenkapital halten. Für die Bewertung können sie Ratings verwenden,<sup>74)</sup> und daher spielen Ratings auch eine wichtige Rolle für die staatliche Bankaufsicht. Angesichts der Finanzkrisen der vergangenen Jahre hat das wiederum dazu geführt, dass die EU Ratings einer (stufenweise intensivierten) Regelung unterworfen hat.

<sup>72)</sup> Dazu *Blaurock*, Verantwortlichkeit von Ratingagenturen – Steuerung durch Privat- oder Aufsichtsrecht?, *ZGR* 2007, 603; *Opitz*, Zur Aufsicht über Ratingagenturen *ÖZW* 2011, 62; *Gomille*, Der europäische Regulierungsansatz für Bonitätsratings, *GPR* 2011, 186; *Amort*, Haftung und Regulierung von Ratingagenturen – Ansätze einer Krisenprävention, *EuR* 2013, 272; *Blaurock*, Neuer Regulierungsrahmen für Ratingagenturen, *EuZW* 2013, 608; *Deipenbrock*, Die zweite Reform des europäischen Regulierungs- und Aufsichtsregimes für Ratingagenturen – Zwischenstation auf dem Weg zu einer dritten Reform?, *WM* 2013, 2289.

<sup>73)</sup> *Blaurock*, *ZGR* 2007 (FN 72) 603 f mit Verweis auf *Peters*, Die Haftung und Regulierung von Ratingagenturen (2001) 28.

<sup>74)</sup> Früher §§ 21b, 22a ff BWG; jetzt Art 135 ff VO 575/2013.

Nach der einschlägigen Verordnung<sup>75)</sup> bedürfen Ratingagenturen nunmehr 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 aufsichtsrechtliche Risikobewertung verwendet werden dürfen.<sup>76)</sup> Die 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. Beispiele dafür, die über das sonst Übliche hinausgehen, bilden etwa die Pflicht zur internen Trennung der Zuständigkeiten für Honorarverhandlungen und für Ratingtätigkeiten,<sup>77)</sup> die Einbeziehung nicht nur der konkret Handelnden, sondern auch der Anteilseigner oder Mitglieder der Agenturen in die Regelungen zur Sicherung der Unabhängigkeit,<sup>78)</sup> die Beschränkung langdauernder Geschäftsbeziehungen zu bewerteten Unternehmen durch ein Rotationsprinzip,<sup>79)</sup> die Pflicht, strukturierte Finanzinstrumente durch zwei voneinander unabhängige Agenturen bewerten zu lassen,<sup>80)</sup> die Empfehlung, bei der Beauftragung von zwei Rating-Agenturen nicht beide aus den „großen Drei“ (Standard and Poor's, Moody's und Fitch) auszuwählen<sup>81)</sup> oder das Verbot, Ratings auf unzureichender Informationsgrundlage abzugeben<sup>82)</sup>.

Im Übrigen finden sich drei Besonderheiten: Die EU-Verordnung überlässt erstens die Bewertungsstandards selbst völlig den Ratingagenturen und verlangt insoweit nur Regelmäßigkeit, Begründungen, Qualitätskontrolle und Transparenz. So müssen die Agenturen ihre Ratings veröffentlichen und Informationen zu ihren Methoden und Grundannahmen und Interessenkonflikten offenlegen sowie Daten liefern, aus denen die ESMA ein öffentlich zugängliches Register über ihre bisherigen Ergebnisse erstellt.<sup>83)</sup> Es gibt zweitens keine Pflicht, Ratings zu verwenden. Die Verordnung versucht eher, die praktische Abhängigkeit des Finanzsektors von Ratings zu verringern. Sie verbietet den Finanzinstituten einen „übermäßigen“ Rückgriff auf ratings; sie dürfen sie also nicht ausschließlich oder automatisch heranziehen, sondern müssen auch eine eigene Risikobewertung vornehmen.<sup>84)</sup> Auch die Finanzaufsichtsbehörden und

<sup>75)</sup> VO 1060/2009; dazu das RatingagenturenvollzugsG.

<sup>76)</sup> Die Vorschrift des Art 4 Abs 1 VO 1060/2009 ist umgekehrt formuliert: „Kreditinstitute, Wertpapierfirmen, Versicherungsunternehmen, Rückversicherungsunternehmen, Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung, Verwaltungs- und Investmentgesellschaften, Verwalter alternativer Investmentfonds und zentrale Gegenparteien dürfen für aufsichtsrechtliche Zwecke nur Ratings von Ratingagenturen verwenden, die ihren Sitz in der Union haben und gemäß dieser Verordnung registriert sind.“ Die Registrierung ist Art 14 ff VO 1060/2009 geregelt.

<sup>77)</sup> Art 7 Abs 2 VO 1060/2009.

<sup>78)</sup> Art 6 iVm Anhang I VO 1060/2009.

<sup>79)</sup> Art 6b VO 1060/2009; vgl auch Erwägungsgrund 33, Art 7 Abs 4.

<sup>80)</sup> Art 8c VO 1060/2009.

<sup>81)</sup> Art 8d VO 1060/2009.

<sup>82)</sup> Art 10 Abs 2 iVm Anhang D I.4. VO 1060/2009.

<sup>83)</sup> Art 8 Abs 1, 2a, 5a, 6, 7, Art 10, 11 Abs 2 VO iVm Anhang I Abschnitt D und E.

<sup>84)</sup> Art 5a VO 1060/2009.

die EU-Rechtsetzung sollen Anreize zur automatischen und ausschließlich Verwendung von externen Ratings vermeiden.<sup>85)</sup> Drittens, und in diesem Zusammenhang besonders wichtig, bestehen zwar hoheitlichen Aufsichtsverhältnisse zwischen ESMA und Ratingagenturen und zwischen Finanzaufsichtsbehörden und Banken, aber es gibt kein Rechtsverhältnis zwischen Ratingagenturen und Banken<sup>86)</sup>: Ratings werden im Auftrag der Schuldner und nicht der Gläubiger erstellt. Darin liegt im Übrigen ihr Hauptproblem – für die Qualität der Ratings ebenso wie für Haftung und eben die Verwendung in staatlichen Kontexten.<sup>87)</sup>

### III. Ausblick

Modelle sind Sehhilfen, aber sie können nicht die Wirklichkeit vereinfachen. In vielen Fällen ist die Einordnung eines bestimmten Bewertungsregimes in eines der beschriebenen Modelle schwierig oder strittig. Das hat mit der Vielfalt der Erscheinungen, aber auch mit Defiziten bei ihrer Wahrnehmung und Verarbeitung zu tun: Wenn eine Bestimmung etwa lautet: „Der Antrag auf Verlängerung [der Zertifizierung] ist [...] zu dem im Vertrag mit der [Konformitätsbewertungs-/]Stelle vereinbarten Zeitpunkt [...] einzureichen“<sup>88)</sup>, wenn also in einem Satz für denselben Vorgang zwei Begriffe verwendet werden, von denen einer typisch für hoheitliche und der andere typisch für privatrechtliche Verhältnisse steht, dann mag das zwar aus den Übersetzungen einschlägiger EU-Rechtsakte stammen, die wiederum oft die Sprache internationaler technischer Normen übernehmen, doch fehlt dann bei der Umsetzung in Österreich das Bewusstsein für das Problem einer solchen Terminologie. Wenn die Gesetzgebung nach einer vielkritisierten OGH-Entscheidung, die die kraftfahrrechtlich vorgeschriebene wiederkehrende Begutachtung von Autos durch private Mechaniker zur hoheitlichen Tätigkeit erklärt,<sup>89)</sup> die Amtshaftung ausdrücklich in das Gesetz schreibt,<sup>90)</sup> dann fehlt ihr der Sinn für Alternativen. Und wenn es niemand kümmert, dass der VfGH Kesselprüfer als Grundrechtsträger betrach-

<sup>85)</sup> Art 5b und 5c VO 1060/2009.

<sup>86)</sup> Natürlich lassen Banken die Bonität ihrer eigenen Produkte bewerten, doch spielt sich das außerhalb des hier betrachteten aufsichtsrechtlichen Kontexts ab.

<sup>87)</sup> ZB Opitz (FN 72) 67 f; Amort (FN 72) 273 ff; zur Haftung Deipenbruck (FN 72) 2292; Wojcik, Zivilrechtliche Haftung von Ratingagenturen nach europäischem Recht, NJW 2013, 2385.

<sup>88)</sup> § 7 Abs 1 VO über die Konformitätsbewertung von Medizinprodukten, BGBl II 2004/57 idGF; Hervorhebungen von mir.

<sup>89)</sup> OGH SZ 54/19. Kritik zB bei Kuesko-Stadlmayer, Anmerkung, ÖZW 2002, 59; B. Raschauer, Bankaufsicht, Amtshaftung und Beihilfenverbot, ÖJZ 2005, 1 (8 f).

<sup>90)</sup> § 57b KFG, eingefügt durch BGBl I 1997/103, wegen der Ausdehnung des Regressanspruchs des Bundes auch auf juristische Personen. Vgl dagegen den Ausschluss der Organstellung von Bankprüfern und damit der Amtshaftung für sie, soweit sie nicht von der FMA selbst beauftragt werden, durch § 3 Abs 5 FMABG idF BGBl I 2005/33 zur Korrektur von OGH SZ 2003/28; Kritik an der OGH-Entscheidung zB bei Rebhahn, Amtshaftung für „Bankprüfer“ – Wohltat oder Irrweg? ÖBA 2004, 267; Raschauer (FN 89) bei FN 77.

tet und vor unverhältnismäßigen staatlichen Beschränkungen schützt,<sup>91)</sup> während der OGH sie als staatliche Organe sieht, die selbst gar nicht haften,<sup>92)</sup> dann fehlt der Wille zur Systematisierung.

Problembewusstsein, Alternativensinn und Systematisierungswillen könnten zumindest die Wissenschaft auszeichnen. Wir sollten für neue Lösungen offen sein und ungewohnte Äquivalente für traditionelle Regelungen akzeptieren, aber die demokratischen und rechtsstaatlichen Anforderungen der Verfassung nicht vergessen. Konkret bedeutet dies in unserem Dreieck, dass Private in ganz unterschiedlicher Weise in die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben einbezogen werden können, dass der Staat aber darauf achten muss, dass sein Verhältnis zu privaten Mitverwaltern demokratischen Mindeststandards der Verantwortungszurechnung genügt; und dass er Rechtsverhältnisse zu privaten Bewertern, die er den Bewerteten zumutet, auch rechtsstaatlich ausgestaltet.

<sup>91)</sup> VfSlg 16.927/2003.

<sup>92)</sup> OGH SZ 74/55. Zu weiteren Inkonsistenzen Pöschl, Private Verwalter als Problem des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: FS Mayer (2011) 515 (523 ff).

# Staatliche Aufgaben, private Akteure

Band 1:  
Erscheinungsformen  
und Effekte

Herausgegeben von

**Dr. Claudia Fuchs**

Assistenzprofessorin

**Dr. Franz Merli**

Universitätsprofessor

**Dr. Magdalena Pöschl**

Universitätsprofessorin

**Dr. Richard Sturn**

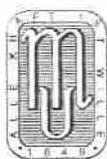
Universitätsprofessor

**Dr. Ewald Wiederin**

Universitätsprofessor

**Dr. Andreas W. Wimmer**

Assistenzprofessor



C.F. Müller

Wien 2015

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen

C.F. Müller GmbH, Heidelberg

**Zitervorschlag:** Autor, [Titel], in *Fuchs/Merli/Pöschl/Sturm/Wiederin/Wimmer* (Hrsg.),  
Staatliche Aufgaben, private Akteure Bd 1 (2015) [Seite]

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Herausgeber, der Autoren, sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-00982-3 (Manz)

ISBN 978-3-03751-710-9 (Dike)

ISBN 978-3-8114-4407-2 (C.F. Müller)

© 2015 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien  
Telefon: (01) 531 61-0  
E-Mail: [verlag@manz.at](mailto:verlag@manz.at)  
[www.manz.at](http://www.manz.at)  
Druck: Prime Rate Kft., Budapest

## Vorwort

„Staatliche Aufgaben, private Akteure“ ist das Thema unserer von der Österreichischen Forschungsgemeinschaft geförderten Arbeitsgruppe. Dieser Band enthält die ersten Ergebnisse, die im Mai 2014 in Wien präsentiert und im Anschluss an die Diskussion überarbeitet wurden.

Worum geht es?

Staat und Staatlichkeit sind heute keine festen Größen mehr. Der Staat verliert sein in den letzten Jahrhunderten mühsam errungenes Monopol zur Schaffung und Durchsetzung von Recht und muss die Macht zunehmend mit internationalen Organisationen und privaten Verbänden teilen. Umgekehrt entwickeln viele internationale Organisationen und private Verbände Züge von Staatlichkeit, oft mit unmittelbarem Zugriff auf das Leben der Menschen. Wie es aussieht, kehren wir zu konkurrierenden Ordnungen und fragmentierten Herrschaftsbeziehungen zurück.

Dieser Wandel muss auch wissenschaftlich bewältigt werden. Aus der Sicht der Rechtswissenschaften stellt sich vor allem die Frage, welchen Regeln die Staatlichkeit jenseits des Staates unterliegt: Ist sie von den zur Bändigung traditioneller Staatsgewalt erkämpften Regeln befreit? Lassen sich umgekehrt für den klassischen Staat entwickelte Vorgaben umstandslos auf die neuen Akteure übertragen? Wenn beides nicht richtig ist oder nicht richtig sein kann: Welche Möglichkeiten zu einer angemessenen Regulierung gibt es? Antworten auf diese Fragen sind von unmittelbarer gesellschaftspolitischer Bedeutung, weil damit über Macht und ihre Legitimation, über demokratische Teilhabe an der Gestaltung der Zukunft und über die rechtsstaatliche Sicherung der Freiheit entschieden wird.

Die Arbeitsgruppe greift einen zentralen Teil der beschriebenen Entwicklung auf: In vielen Bereichen behält der Staat seine Agenden bei oder übernimmt sogar neue Aufgaben, erfüllt sie aber nicht allein mit eigenem Personal, sondern bezieht dazu private Personen und Unternehmen ein. Im Verkehr mit ihren Kunden und anderen Personen arbeiten diese Privaten dann nicht nur für sich selbst, sondern erledigen zugleich staatliche Aufgaben.

Einige Beispiele: Private kontrollieren auf Flughäfen Passagiere und Gepäck, damit die staatlichen Sicherheitsvorschriften erfüllt werden, Banken überwachen den Geldverkehr ihrer Kunden und melden den Verdacht auf Geldwäsche den Behörden, Waffenhändler registrieren Waffenkäufer für den Staat, V-Leute berichten der Polizei aus der kriminellen Szene. Private Vereinigungen erlassen Regeln, nach denen staatliche Behörden Prüfstellen zulassen und nach denen diese privaten Prüfstellen dann beurteilen, ob Produkte staatlichen Sicherheitsanforderungen entsprechen. Berufsvereinigungen schaffen Verhaltenskodizes für ihre Mitglieder, deren Befolgung von staatlichen Geboten entlastet. Sportvereine und ihre Verbände übernehmen Dopingbekämpfung und -sanktionierung für den