

*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.

1) Dazu *Eisenberger*, in diesem Band.

2) § 57a Abs 1 KFG.

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

4) ZB § 7 Abs 2 Grazer Altstadterhaltungsg.

5) § 16 Abs 1 NAG.

6) § 13 Abs 2 Abschlussprüfungs-Qualitätssicherungsgesetz – A-QSG.

7) § 18 Abs 2 Z 1, § 20 Abs 4 ff GewO.

8) § 34 Abs 1 Z 1 FSG.

9) §§ 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 WaffnG; 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.

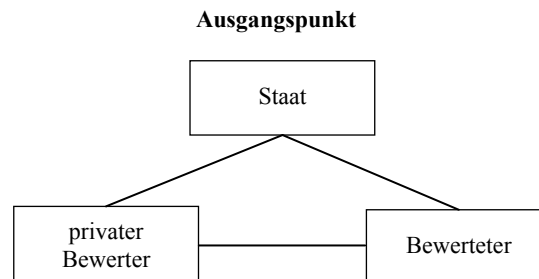
Die rechtliche Pflicht zur Bewertung, ihre entscheidende Rolle für den Erwerb und Erhalt von Berechtigungen und der mit ihnen verbundene Spielraum verleihen dem Bewertenden Macht. Daher kommt es hier stärker als bei anderen Funktionen auf die Person der Bewertenden und ihre Stellung an, um die Integrität 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 Bewerter und ebenfalls privatem Bewerteten (Abbildung 1).

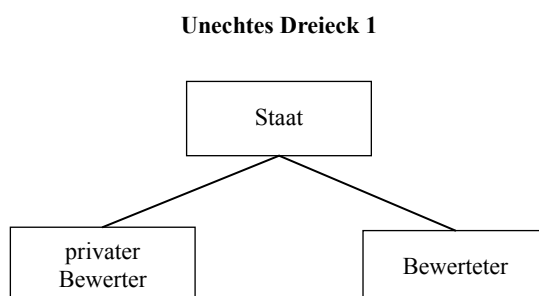


<sup>16)</sup> Wimmer, in diesem Band.

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

### A. Unechte Dreiecke

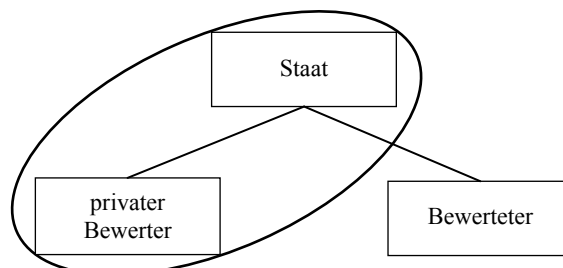
Manche Dreiecke sind keine echten. Für fast alle Belange entpuppen sie sich vielmehr als bloße Zweiecke (Abbildung 2).



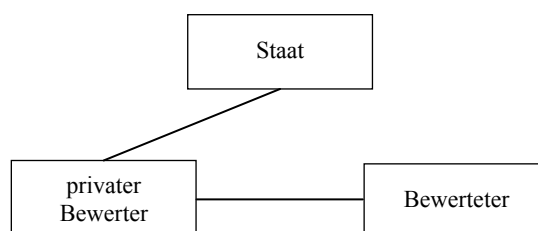
Beginnen wir mit der Mitwirkung Privater in staatlichen Bewertungsgremien, etwa von Architektinnen in der Grazer Altstadterhaltungskommission.<sup>17)</sup> Wenn ein solches Gremium eine Bewertung vornimmt, tut es das als Verwaltungsorgan, für das grundsätzlich die normalen Regeln für die Verwaltung 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 Führerscheininteressent 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 Fahrschul Ausbildung 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

21) § 6 Abs 1a, § 11 Abs 1 FSG-PV.

22) § 6 FSG-PV.

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

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

25) § 14 FSG-PV.

26) § 6 Abs 5 FSG-PV.

27) § 13 Abs 1 FSG, § 6 Abs 11, Anlage 2 FSG-PV.

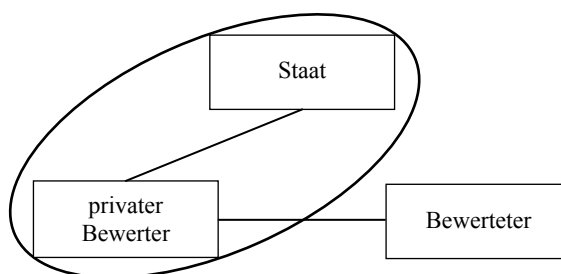
28) § 13 Abs 1 FSG.

29) 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 *Grundner/Pürstl*, FSG<sup>5</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 BMöWV 19.12.1988, 439.600/24-1/7-88, 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 *Schragerl* (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.