

Andreas Kruck

# Privatisierung von Regieren und die Dynamiken und Grenzen der rechtlichen Kontrolle privater Autorität(en)

## 1 Einleitung

Der Beitrag diskutiert, wie der von staatlichen Privatisierungspolitiken mit vorangetriebene Aufstieg privater Autoritäten in westlichen Demokratien einen Bedarf an rechtlicher Kontrolle dieser privaten Autoritäten schafft, was die Treiber und Bremser von Verrechtlichungsdynamiken sind und worin grundlegende Probleme und Grenzen der staatlichen rechtlichen Kontrolle von privaten Governance-Akteuren bestehen. Er erörtert insbesondere anhand der Beispiele von Kreditratingagenturen und privaten Militär- und Sicherheitsfirmen (PMSF), inwiefern staatliche Instanzen der Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsprechung willens und in der Lage sind, private Governance-Akteure mit Hilfe rechtlicher Mittel zu kontrollieren und zur Befolgung (menschen-)rechtlicher Normen und Standards des guten Regierens anzuhalten.

Diese Frage stellt sich, weil im ausgehenden 20. und frühen 21. Jahrhundert privatwirtschaftliche Akteure auch und gerade in der so genannten OECD-Welt in zahlreichen Politikbereichen zu mächtigen und von privaten sowie öffentlichen Regelungs- und Steuerungsadressaten anerkannten Governance-Akteuren, mithin zu privaten Autoritäten, geworden sind. Private Akteure üben Autorität insbesondere dadurch aus, dass sie kollektive Verhaltensregeln und Standards aufstellen und/oder solche Regeln und Standards mit eigenen organisatorischen Ressourcen um- und durchsetzen. Ihnen kommt Autorität zu, wenn (und insoweit) ihnen als kollektiv akzeptierten *Governance*-Akteuren von anderen nichtstaatlichen Akteuren wie auch Staaten die Kompetenz und das Recht zur Schaffung und Implementierung politischer Ordnung zuerkannt werden – weil sie als *eine* Autorität, z.B. eine Expertin oder eine Spezialistin in einem bestimmten Gebiet, angesehen werden und/oder sich *in* einer formalen Autoritätsposition, z.B. als bevollmächtigter politischer Entscheidungsträger, befinden.<sup>1</sup>

Kreditratingagenturen und PMSF sind besonders einflussreiche und umstrittene private Autoritäten. Weil ihre Tätigkeiten so folgenschwer sind und Kernbereiche gesellschaft-

1 Andreas Kruck, Dynamiken privater Autorität und die Rolle des Staates: Eine neue Perspektive auf (De-)Privatisierungsprozesse, Politische Vierteljahresschrift 55 (2014), 598 (601); Deborah Avant/Martha Finnemore/Susan Sell, Who Governs the Globe?, in: Avant/Finnemore/Sell (Hrsg.), Who Governs the Globe?, Cambridge 2010, 9 f.; Philipp Genschel/Bernhard Zangl, State Transformations in OECD Countries: Towards the State as a Manager of Political Authority, Annual Review of Political Science 17 (2014), 339; David A. Lake, Rightful Rules: Authority, Order and the Foundations of Global Governance, International Studies Quarterly 54 (2010), 589, 591; Michael Zürn/Martin Binder/Matthias Ecker-Ehrhardt, International Authority and Its Politicization, International Theory 4 (2012), 70 (86).

licher Ordnung betreffen, wäre adäquate rechtliche Kontrolle gerade dieser privaten Autoritäten normativ geboten und vielleicht auch empirisch zu erwarten. Sie sind daher instruktive Beispiele zur Erörterung der treibenden und – mehr noch – bremsenden Kräfte und Probleme einer rechtlichen Kontrolle privater Autoritäten. Kreditratingagenturen wie Standard & Poor's oder Moody's definieren globale Standards der Kreditwürdigkeit und bestimmen über den Marktzugang und die Refinanzierungsbedingungen für private und öffentliche Schuldner – wie Firmen, Banken und Nationalstaaten – mit.<sup>2</sup> PMSF übernehmen in Konfliktregionen eine breite Palette von sicherheitsbezogenen und militärischen Tätigkeiten von logistischen Aufgaben bis hin zur Unterstützung von Kampfhandlungen, die im traditionellen „westfälischen“ Souveränitätsverständnis staatlichen Streitkräften vorbehalten blieben.<sup>3</sup> Auch wenn ihre Tätigkeitsfelder im Bereich der Sicherheits- bzw. Finanzpolitik sehr unterschiedlich sind, weisen die Dynamiken der Ermächtigung und (Nicht-)Regulierung von Ratingagenturen und PMSF bemerkenswerte Parallelen auf.

Seit den 1980er Jahren intensiv verfolgte Politiken der Privatisierung von „Staatsaufgaben“ trugen maßgeblich dazu bei, die politische Macht privater Akteure zu mehren und zu autorisieren,<sup>4</sup> indem Staaten Governance-Aufgaben direkt an Private delegierten – wie etwa beim *Outsourcing* militärischer Tätigkeiten an PMSF – oder private Ordnungsbildungs- und -implementierungsfunktionen „offiziell“ anerkannten – wie im Falle der u.a. in den USA und der Europäischen Union betriebenen Nutzung von privaten Kreditratings für Regulierungszwecke. Der staatlich mindestens geduldete, oftmals aktiv beförderte Machtzuwachs privater Autoritäten ging zunächst nicht mit einer entsprechenden rechtlichen Verantwortlichkeit und Kontrolle privater Governance-Akteure einher. Dies erzeugt ein Legitimitätsproblem, denn legitime Herrschaft ist – zumindest in liberalen demokratischen Gesellschaften – nicht nur politisch, sondern auch rechtlich begrenzte Herrschaft.<sup>5</sup> Insbesondere angesichts von zunehmend politisiertem privatem Governance-Versagen und menschenrechtsverletzendem Machtmissbrauch gerät die mit „viel Macht und wenig Verantwortung“ versehene Stellung privater Autoritäten zunehmend unter Druck. Kostspieliges privates Governance-Versagen zeigte sich etwa bei den gravierenden „Fehlurteilen“ von Ratingagenturen im Kontext der Weltfinanzkrise; menschenrechtsverletzender Machtmissbrauch manifestierte sich in der Beteiligung von PMSF an Folterpraktiken in irakischen Gefängnissen und der Tötung von Zivilisten oder – freilich weniger eindeutig – in der Beeinträchtigung sozialer Menschenrechte durch von Ratingagenturen beförderte Austeritätspolitikern in der „Eurokrise“. Dass auch private Akteure die Verantwortung tragen, Menschenrechte einzuhalten, wird inzwischen im Grundsatz weithin anerkannt. Dies äußerte sich vielleicht am prominentesten in den von John Ruggie entwickelten und vom UN-Menschenrechtsrat 2011 angenommenen *UN*

2 Dieter Kerwer, *Standardising as governance: the case of credit rating agencies*, in: Héritier (Hrsg.), *Common Goods: Reinventing European and International Governance*, Lanham 2002, 293; Timothy J. Sinclair, *The New Masters of Capital: American Bond Rating Agencies and the Politics of Creditworthiness*, Ithaca 2005.

3 Deborah Avant, *The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security*, Cambridge 2005; Elke Krahmhann, *States, Citizens and the Privatization of Security*, Cambridge 2010.

4 Kruck (Fn. 1), 600 ff.; Genschel/Zangl (Fn. 1), 337.

5 Armin von Bogdandy/Philipp Dann/Matthias Goldmann, *Völkerrecht als öffentliches Recht: Konturen eines rechtlichen Rahmens für Global Governance*, *Der Staat* 49 (2010), 29 ff.

*Guiding Principles on Business and Human Rights*,<sup>6</sup> auch wenn die genaue Form, das Ausmaß und die Durchsetzung menschenrechtlicher Verpflichtungen von Unternehmen nach wie vor umstritten sind (vgl. die weiteren Beiträge in diesem Themenschwerpunkt).

Staatliche Ansätze, private Autoritäten (wieder) stärker zu kontrollieren und zu überwachen, zeigen sich in der Regulierung von Ratingagenturen in den USA und in der EU nach der Weltfinanzkrise<sup>7</sup> sowie der Ausweitung der Überwachung und regulatorischen Kontrolle von PMSF in den USA nach öffentlichkeitswirksamen Skandalen in den Irak- und Afghanistankriegen.<sup>8</sup> Zudem wurde versucht, PMSF und Ratingagenturen vor Gerichten für Rechtsbrüche zur Verantwortung zu ziehen, wobei gegenüber Ratingagenturen staatliche Akteure sogar als Kläger auftraten.<sup>9</sup>

Der Beitrag zeichnet diese Entwicklungen nach und untersucht am Beispiel der besonders umstrittenen Ratingagenturen und PMSF einerseits treibende Kräfte und Bremsen sowie andererseits die Probleme, Grenzen und nichtintendierten politischen Effekte einer verstärkten staatlich-rechtlichen Kontrolle privater Autoritäten. Ausgehend von einem Zustand der „Macht ohne rechtliche Verantwortung“ (vgl. Abschnitt 2) hat mittlerweile eine – rudimentäre – Verrechtlichung privater Autorität stattgefunden. Der Grad der Verrechtlichung bemisst sich dabei nach der Präzision und Verbindlichkeit von Aufsichtsregeln sowie dem Ausmaß unabhängiger gerichtlicher Kontrolle.<sup>10</sup> Für Ratingagenturen und PMSF wurden in der Tat präzisere und verbindlichere Aufsichtsregeln sowie unabhängige gerichtliche Kontrollmöglichkeiten geschaffen, ausgebaut und auch tatsächlich genutzt. Dennoch ist das Niveau der Verrechtlichung weiterhin begrenzt.

Die Tendenz von einem weitgehend unregulierten Status in Richtung einer verstärkten, wenn auch insgesamt limitierten staatlich-rechtlichen Kontrolle lässt sich zunächst funktionalistisch als Antwort auf gestiegenen Regulierungsbedarf in Folge zunehmender Macht und zunehmenden Governance-Versagens erklären (vgl. Abschnitt 3). Bei näherer Betrachtung erweist sich die staatliche Verrechtlichung privater Autorität aber auch als ein zutiefst politischer Prozess mit politischen Treibern und Bremsen. Politische Kosten und Nutzen („politischer Regulierungsdruck“) sind maßgebliche Determinanten staatlicher (Re-)Regulierungs- und Kontrollanstrengungen.

Deren Effektivität bleibt jedoch bis dato begrenzt (vgl. Abschnitt 4). Zudem haben Ansätze einer Verrechtlichung privater Autorität nichtintendierte Nebeneffekte einer weitergehenden Festschreibung und Legitimierung des Status privater Autoritäten.

- 6 John Ruggie, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises: Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, New York 2011.
- 7 Aline Darbellay, *Regulating Credit Rating Agencies*, Cheltenham 2013; Claire A. Hill, Limits of Dodd-Frank’s rating agency reform, *Chapman Law Review* 15 (2011), 133; Andreas Kruck, Resilient Blunderers: Credit Rating Fiascos and Rating Agencies’ Institutionalized Status as Private Authorities, *Journal of European Public Policy* 23 (2016), 753.
- 8 Geoffrey S. Corn, Contractors and the Law, in: Kinsey/Patterson (Hrsg.), *Contractors and War: The Transformation of US Expeditionary Operations*, Stanford 2012, 157; Renée De Nevers, Looking Beyond Iraq: Contractors in US Global Activities, in: Kinsey/Patterson (Hrsg.), *Contractors and War: The Transformation of United States’ Expeditionary Operations*, Stanford 2012, 60.
- 9 Matt Robinson/David McLaughlin, S&P ends legal woes paying \$1.5 billion fine to U.S., states, *Bloomberg* 3.2.2015, <http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-02-03/s-p-ends-legal-woes-with-1-5-billion-penalty-with-u-s-states> (letzter Abruf 14.8.2016).
- 10 Kenneth W. Abbott/Robert O. Keohane/Andrew Moravcsik/Anne-Marie Slaughter/Duncan Snidal, The concept of legalization, *International Organization* 54 (2000), 401.

Rechtliche Kontrollbestrebungen haben mithin wichtige (macht-)politische Implikationen und generieren so in oftmals nicht antizipierter Art und Weise politische Gewinner und Verlierer (vgl. Abschnitt 4). Insgesamt erscheinen die Möglichkeiten staatlicher Akteure, die (rechtliche) Kontrolle über private Autoritäten (zurück) zu gewinnen, auf Grund struktureller Abhängigkeiten und schwer kontrollierbarer performativer Effekte der (Re-)Legitimierung von privaten Autoritäten durch Verrechtlichung begrenzt.

## 2 *Im Privatisierungsrausch: private Macht ohne rechtliche Verantwortung*

### 2.1 Der Glaube an die disziplinierende Kraft des Marktes

Ein naiver Glaube an die disziplinierende Wirkung von marktwirtschaftlichem Wettbewerb, der private Akteure zur effektiven und effizienten Erledigung von ihnen anvertrauten Governance-Aufgaben anhalten würde, war sicherlich ein Faktor, der zu einer Situation der öffentlichen Ermächtigung privater Autoritäten ohne rechtliche Verantwortlichkeit beigetragen hat. Dies zeigt sich deutlich am Beispiel der Ratingagenturen.

Vor der Weltfinanzkrise blieben Ratingagenturen trotz weithin konstatiertes ökonomischer und politischer Macht sowie intensiver staatlicher Nutzung für Regulierungszwecke – etwa zur Definition von ratingbasierten risikosensiblen Eigenkapitalanforderungen für Banken – weithin unreguliert.<sup>11</sup> Die optimistische Annahme, die von Ratingagenturen propagiert und von staatlichen Regulierungsorganen akzeptiert wurde, lautete, dass Ratingagenturen es sich schlicht nicht leisten könnten, ihren Ruf zu gefährden, indem sie bessere Bewertungen geben als angemessen.<sup>12</sup> Eine strenge Regulierung wäre somit nicht notwendig, da Marktmechanismen Ratingagenturen für nicht angebrachte Ratings bestrafen würden. Somit könnten Ratingagenturen für staatliche Regulierungszwecke genutzt werden – die Qualitätssicherung und Kontrolle übernimmt der Ratingmarkt.

Das Problem bei dieser Annahme lag einerseits sicher im Geschäftsmodell von Ratingagenturen, demzufolge bewertete Schuldner (und nicht Investoren) für Ratings bezahlen. Andererseits erwies sich aber auch die oligopolistische Marktstruktur, die einen Mangel an Wettbewerb und hohe Eintrittshürden mit sich brachte, als zentrales Problem. Dieses Problem wurde durch die staatliche Indienstnahme und Anerkennung privilegierter Oligopolisten für Finanzmarktregulierungszwecke verschärft. Nichtsdestoweniger war der Glaube an die disziplinierende Wirkung des Ratingmarktes überraschend weit verbreitet, und rechtliche Kontrolle wurde als unnötig, wenn nicht sogar kontraproduktiv für die Gewährleistung von objektiven und angemessenen Ratings betrachtet. So gelang es Ratingagenturen unter Berufung auf das US-verfassungsrechtlich garantierte Recht der Rede- und Meinungsfreiheit auch, ihre Ratings als bloße Meinungsäußerungen darzustellen, die keiner rechtlichen Haftung und gerichtlichen Kontrolle unterlagen. Bis zur Weltfinanzkrise waren Ratingagenturen trotz ihrer weitreichenden und folgenreichen Risikobewertungen somit praktisch immun gegen zivil- und strafrechtliche Verantwortungszuweisungen.<sup>13</sup>

11 Darbellay (Fn. 7), 66 f.

12 Frank Partnoy, *The Siskel and Ebert of Financial Markets? Two Thumbs Down for the Credit Rating Agencies*, *Washington University Law Review* 77 (1999), 619.

13 Darbellay (Fn. 7), 76 f.; Takashi Kubota, *Regulation of Rating Agencies: Current and Future*, in: Giovanoli/Devos (Hrsg.), *International Monetary and Financial Law: The Global Crisis*, Oxford

## 2.2 Politische Anreizstrukturen für laxe Regulierung

Neben falschem Vertrauen in disziplinierende Marktkräfte bei gleichzeitiger Verzerrung dieser Märkte durch staatliche Ermächtigung bestimmter Marktteilnehmer haben aber auch politische Erwägungen, die eine strikte und transparente Regulierung von im Auftrag (oder im Sinne) staatlicher Akteure tätigen privaten Autoritäten nicht opportun erscheinen ließen, zum Aufstieg privater Autoritäten ohne flankierende rechtliche Kontrolle beigetragen. Besonders wo Privatisierung Regierungen dabei half, unpopuläre Entscheidungen und Politiken umzusetzen und/oder die Verantwortlichkeit für diese zu verschleiern bzw. abzuwälzen, hatten staatliche Regulierungsakteure Anreize, von strikter und transparenter Regulierung privater Akteure zu Gunsten eher informeller Kontrolle abzusehen.<sup>14</sup> Eine strenge parlamentarische Überwachung und Regulierung war aus dieser Sicht für die Regierung mit einem Verlust an Handlungsspielraum in Bezug auf eine mögliche politische Nutzengewinnung durch die Delegation von Aufgaben an „unterhalb des Radars der politischen Öffentlichkeit“ agierende private Autoritäten verbunden. Intensive und formelle Regulierung hingegen trüge dazu bei, kontroverse Privatisierungspolitiken und die damit verbundene Zusammenarbeit von Staaten mit privaten Autoritäten bei der Umsetzung gesellschaftlich umstrittener oder unbeliebter Politiken aufzudecken und (damit zumindest potentiell) zu politisieren.

Diese Logik spielte wohl auch bei der (Nicht-)Regulierung von Ratingagenturen eine Rolle, deutlich manifestiert sie sich aber bei PMSF. Über Jahrzehnte hinweg waren PMSF in den meisten Ländern (insbesondere in westlichen Demokratien) nur schwach reguliert und wurden für Missbrauchs- und Betrugsfälle, illegale Aktivitäten und finanzielle Ressourcenverschwendung kaum rechtlich belangt.

Bis zum Irakkrieg zielte insbesondere der US-amerikanische Regulierungsansatz – und im Vergleich zu anderen westlichen Demokratien wie Großbritannien, Deutschland und Frankreich war dieser noch relativ elaboriert –<sup>15</sup> in erster Linie darauf ab, die Kontrolle über die Erbringung von militärischen und Sicherheitsdienstleistungen durch US-amerikanische PMSF an ausländische Kunden zu behalten. Grundlegendes Ziel war es sicherzustellen, dass der Export derartiger Sicherheitsleistungen nicht mit den nationalen Sicherheitsinteressen der USA in Konflikt geriet. Dafür kamen (und kommen bis heute) zwei Instrumente zum Einsatz. Einerseits verkaufen PMSF, die in den USA registriert sind oder dort ihren Sitz haben, unter dem System der „International Traffic in Arms Regulations“ (ITAR) Dienstleistungen mit Hilfe von Exportlizenzen an ausländische Kunden. Beim „Foreign Military Sales“ (FMS)-Programm fungieren hingegen US-Behörden

2010, 251 (257); Dieter Kerwer, Holding global regulators accountable: the case of credit rating agencies, *Governance* 18 (2005), 453.

- 14 Andreas Kruck, Theorising the Use of Private Military and Security Companies: A Synthetic Perspective, *Journal of International Relations and Development* 14 (2014), 112; Nicole Deitelhoff/Andreas Fischer-Lescano, Politik und Recht der privatisierten Sicherheit, in: Fischer-Lescano/Mayer (Hrsg.), *Recht und Politik globaler Sicherheit: Bestandsaufnahme und Erklärungsansätze*, Frankfurt 2013, 43; Nicole Deitelhoff, Private Security and Military Companies: The Other Side of Business and Conflict, in: Deitelhoff/Wolf (Hrsg.), *Corporate Security Responsibility? Corporate Governance Contributions to Peace and Security in Zones of Conflict*, Basingstoke 2010, 177.
- 15 Andrea Schneiker, National Regulatory Regimes for PMSCs and their Activities: Benefits and Shortcomings, in: Jäger/Kümmel (Hrsg.), *Private Military and Security Companies: Chances, Problems and Pitfalls*, Wiesbaden 2007, 407.

als Vermittler zwischen US-amerikanischen PMSF und ausländischen Kunden.<sup>16</sup> Aufgrund ihres Designs kamen diese Regulierungsarrangements lediglich bei Verträgen mit ausländischen Kunden und nur, wenn es sich um eindeutige militärische Dienstleistungen handelte, zur Anwendung.<sup>17</sup> Sicherheitsleistungen, die von der US-Regierung an externe Auftragnehmer vergeben wurden, wurden davon jedoch nicht abgedeckt. Menschenrechtliche Aspekte spielten keine nennenswerte Rolle.

Auch die gerichtliche Prüfung von kriminellen Aktivitäten US-amerikanischer PMSF im Irak und Afghanistan war in den frühen 2000er Jahren sehr schwach ausgeprägt.<sup>18</sup> Die US-amerikanische Übergangsverwaltung im Irak gab sogar eine Anordnung heraus, die PMSF vor irakischen Gerichten Immunität garantierte. Besagte Anordnung blieb jahrelang in Kraft und bestand selbst dann fort, als die irakische Regierung die Regierungsverantwortung übernahm.<sup>19</sup> Die Strafverfolgung wurde u.a. auch dadurch behindert, dass die Rechtsprechung US-amerikanischer Gerichte sich nicht auf extraterritoriale kriminelle Aktivitäten und Regelverstöße von PMSF erstreckte.

Jenseits häufig veralteter und kaum anwendbarer Anti-Söldner-Gesetze gab es kaum rechtlich verankerte staatliche Regulierungs- und Kontrollmechanismen für PMSF in anderen Staaten wie Großbritannien, Frankreich und Deutschland, die ebenfalls – wenn auch in geringerem Umfang als die USA – PMSF nutzten. In den Afghanistan- und Kosovo-Einsätzen griff auch Deutschland in erheblichem Maße auf PMSF zur Bereitstellung von Transportkapazitäten auf dem Luft- und Seeweg zurück. Zu den weiteren privatisierten Aufgaben zählten unter anderem Teile der Satellitenaufklärung im Kosovokrieg, der Wartung gepanzerter Waffenträger (etwa des Kettenfahrzeugs „Wiesel“ in Afghanistan) und der Anlagensicherung (des Bundeswehrlagers in Faisabad).<sup>20</sup>

Auch die deutsche Regierung versäumte durch ihre Weigerung, ihren Einsatz von PMSF anzuerkennen, eine Regulierung und Überwachung von privaten Auftragnehmern.<sup>21</sup> Diese Haltung lässt sich plausibel auf politische Kostenerwägungen (siehe oben) und verfassungsrechtliche Vorbehalte zurückführen, verlangt Art. 33 Abs. 4 GG doch, dass die „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse [...] als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen ist, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen.“ Vor diesem Hintergrund versuchte die Bundesregierung, eine kontroverse, verfassungsrechtlich heikle und politisch kostspielige Debatte über Sicherheitsprivatisierung zu vermeiden, indem sie stets betonte, militärische Leistungen nicht extern zu vergeben und keine privaten Militärfirmen im Ausland zu beschäftigen. Aus dieser Sicht würde eine Regulierung von PMSF, d.h. die Schaffung formeller Verfahren zur Registrierung, Lizenzierung und Haftbarkeit sowie die Einführung rechtlicher und institutioneller Kontrollmöglichkeiten auch für das Parlament, einem

16 Ebd, 407 f.

17 James Cockayne, *Make or Buy? Principal-Agent-Theory and the Regulation of Private Military Companies*, in: Chesterman/Lehardt (Hrsg.), *From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford 2007, 196 (205); Deitelhoff/Fischer-Lescano (Fn. 14), 63.

18 Cockayne (Fn. 17), 203.

19 Deitelhoff/Fischer-Lescano (Fn. 14), 62-63; De Nevers (Fn. 8), 63.

20 Kruck (Fn. 14), 112 f.

21 Elke Krahnemann, *Germany: Civilian Power Revisited*, in: Leander (Hrsg.), *Commercialising Security in Europe: Political Consequences for Peace Operations*, London 2013, 161 (175 f.).

Eingeständnis gleichkommen, dass PMSF ein wichtiger Teil von deutschen Militäroperationen im Ausland geworden sind.<sup>22</sup>

Weil Fehlverhalten von PMSF in den 1990er und frühen 2000er Jahren kaum öffentlich diskutiert und kritisiert wurde, hatten nationale Regierungen große Anreize, auf strenge, transparente und formelle Regulierungs- und Kontrollmöglichkeiten zu verzichten. Stattdessen war unter politischen Gesichtspunkten eine nur schwache Regulierung von PMSF insbesondere für Exekutiven politisch günstig. Eine lax regulatorische Kontrolle erhöhte ihren Handlungsspielraum und ihre Macht gegenüber dem Parlament und gesellschaftlichen Gruppen. Beispielsweise waren US-Auftragnehmer im Irak und in Afghanistan in ihrer Funktion als Wachpersonal häufig in Kämpfe verwickelt, bei denen Waffengewalt zum Einsatz kam. Bis Ende 2009 gab es auf Seiten von US-Dienstleistern in diesen Ländern fast 1.800 Tote und 40.000 Verletzte zu beklagen.<sup>23</sup> Eine große öffentliche Debatte blieb dazu jedoch weitestgehend aus.<sup>24</sup> Die Exekutive nahm die durch die schwach regulierte Sicherheitsprivatisierung entstandenen politischen Gewinne und Spielräume gerne an und befürchtete, der Einsatz von PMSF würde nicht mehr möglich sein, sollte die Sicherheitsprivatisierung stärker öffentlich reguliert und dadurch beschränkt werden.<sup>25</sup> In Folge solcher politischer Erwägungen gab es auch kaum Anreize für die Staaten, einen bindenden und effektiven Rechtsrahmen auf internationaler Ebene zu schaffen, der geeignet wäre, PMSF wirksam zu regulieren.<sup>26</sup>

### 3 *Dynamiken zunehmender rechtlicher Kontrolle von privaten Autoritäten*

Inwiefern und warum hat nun in jüngerer Vergangenheit ein Gegentrend zunehmender rechtlicher Kontrolle privater Autoritäten eingesetzt?

#### 3.1 Funktionalistische und (macht-)politische Determinanten der Verrechtlichung privater Autorität

Aus einer normativ-funktionalistischen, makrohistorischen Perspektive erscheint die Etablierung rechtlicher Kontrollregime für private Autoritäten wie Ratingagenturen und PMSF als eine logische und nachgerade zwingende Etappe der Entwicklung vom „positiven“ Gewährleistungsstaat zum regulierenden und ggf. auch gegen „seine“ privaten Autoritäten prozessierenden Staat, der private Autoritäten steuert, überwacht und rechtlich beschränkt statt Governance-Aufgaben selbst zu erbringen:<sup>27</sup> Staatlich betriebene Privatisierungspolitik und die damit einhergehende Ermächtigung privater Autoritäten ha-

22 Ebd.

23 Lindy Heineken, *Outsourcing Public Security: The Unforeseen Consequences for the Military Profession*, *Armed Forces & Society* 40 (2014), 625 (641).

24 Deborah Avant/Lee Sigelmann, *Private Security and Democracy: Lessons from the US in Iraq*, in: *Security Studies* 19 (2010), 230.

25 Anna Leander, Introduction, in: Leander (Hrsg.), *Commercialising Security in Europe: Political Consequences for Peace Operations*, London 2013, 1.

26 Deitelhoff/Fischer-Lescano (Fn. 14), 59 f.; Christian Schaller, *Private Sicherheits- und Militärfirmen in bewaffneten Konflikten: Völkerrechtliche Einsatzbedingungen und Kontrollmöglichkeiten*, Berlin 2005.

27 Giandomenico Majone, *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, *Journal of Public Policy* 17 (1997), 139; David Levi-Faur,

ben demzufolge einen Bedarf an Regulierung und Überwachung eben dieser privaten Herrschaftsträger geschaffen. Der Antrieb, mit Governance-Aufgaben betraute private Akteure zu regulieren und zu überwachen, d.h. diesen Verrechtlichungsbedarf zu decken, wird dann besonders stark sein, wenn private Autoritäten bei der Ausübung ihrer Governance-Aktivitäten versagen und zugleich Wege zu ihrer Entmachtung in Form einer (Wieder-)Verstaatlichung zuvor delegierter Regierungsaufgaben blockiert oder nur unter Inkaufnahme hoher Kosten gangbar sind.<sup>28</sup> Kurz: Private Macht in Kombination mit privatem Governance-Versagen und fortbestehender staatlicher Abhängigkeit von privaten Akteuren, die eine Wiederverstaatlichung privatisierter Aufgaben verhindert, führt früher oder später zu stärkerer staatlicher Regulierung und Überwachung privater Autoritäten.

Diese (Re-)Regulierungsdynamik impliziert mittelfristig auch zunehmende gerichtliche Kontrolle. Solange es kaum Regeln und Standards gibt, bleibt auch gerichtliche Kontrolle schwach und bestenfalls sporadisch. Die Voraussetzungen ändern sich mit Einsetzen einer Regulierungsdynamik (die dann ihrerseits von Klägern und Gerichten aufgegriffen und vorangetrieben werden kann): Im Gegensatz zu marktwirtschaftlichen Verhaltensdisziplinierungsmechanismen sind öffentliche Regulierung und Überwachung nicht selbst durchsetzend, weshalb Regeln, nachdem sie eingeführt wurden, oftmals zu Streitigkeiten über deren (korrekte) Anwendung, Durchsetzung und Befolgung führen. Dies ist vor allem dann wahrscheinlich, wenn weitgehend unabhängige private Governance-Akteure gerade *nicht* einer starken hierarchischen Kontrolle durch staatliche Instanzen unterliegen, welche es letzteren ermöglichen würde, Regeln auch gegen den Willen privater Autoritäten hierarchisch durchzusetzen (wie es klassischen Modellen bürokratischer Steuerung entspricht). Insofern sind Klagen öffentlicher Akteure gegen private Autoritäten wie z.B. Ratingagenturen und die gerichtliche Kontrolle privater Herrschaftsakte funktionale Erweiterungen der vorgelagerten Verschiebung vom positiven zum Regulierungsstaat. Aus der Entwicklung vom positiven Gewährleistungsstaat zum Regulierungsstaat folgt aus dieser Sicht über kurz oder lang auch eine zunehmende gerichtliche Kontrolle privater Autoritäten.

Bei näherer Betrachtung ist dieser „glatte“, evolutionär-funktionalistische Prozess jedoch wesentlich von (macht-)politischen Kalkülen und Kämpfen geprägt: Wie oben dargestellt, gibt es einerseits oftmals politische Anreize, trotz „funktionalen Bedarfs“ von einer strikten Regulierung und rechtlichen Kontrolle privater Autoritäten abzusehen. Andererseits steigert eine Aufdeckung und Politisierung von privatem Versagen oder Machtmissbrauch die politischen Kosten einer schwach regulierten Delegation von Governance-Aufgaben und schafft somit Anreize für institutionellen Wandel. Je höher der politische Druck, die Macht privater Autoritäten einzuschränken, umso wahrscheinlicher werden staatliche Anstrengungen, Regulierung und Aufsicht und in deren Folge dann auch gerichtliche Kontrollmöglichkeiten für private Autoritäten zu schaffen bzw. auszuweiten. In diesem Sinne sind es insbesondere breit publizierte und politisierte Skandale wie etwa Menschenrechtsverletzungen und teure Fehler, die Anreize zur (Re-)Regulierung und rechtlichen Beschränkung von privaten Autoritäten schaffen.

Mehr noch: Für staatliche Akteure, die private Autoritäten stützten oder explizit ermächtigten, jedoch nicht in der Lage sind, diese wieder zu entmachten, nachdem sie zu

The regulatory state and regulatory capitalism: An institutional perspective, in: Levi-Faur (Hrsg.), Handbook on the Politics of Regulation, Cheltenham (2011), 662; Genschel/Zangl (Fn. 1), 337.

28 Kruck (Fn. 1), 598; Kruck (Fn. 7), 753.

dysfunktionalen, unverantwortlichen oder sogar rivalisierenden Herrschaftsträgern wurden, ist nach und neben der (Re-)Regulierung und ausgeweiteten Aufsicht die gerichtliche Auseinandersetzung mit private Autoritäten möglicherweise die letzte Chance, ihren Bemühungen zur rechtlichen Kontrolle zum Erfolg zu verhelfen.

### 3.2 Wachsender politischer Druck nach der Krise und die Entwicklung der rechtlichen Kontrolle von Ratingagenturen

Trotz vorheriger Ratingfiaskos etwa im Rahmen der Asienkrise (1997-8) und der Enron- (2001), WorldCom- (2002) und Parmalat-Pleiten (2003) änderte sich der Zustand relativ schwacher Regulierung von Ratingagenturen und fehlender gerichtlicher Kontrolle von Ratingentscheidungen erst im Zuge der Weltfinanzkrise substantziell. Ratingagenturen wurden als Hauptziel der Kritik von Politiker\*innen, Finanzmarktexpert\*innen, Wissenschaftler\*innen und Journalist\*innen ausgemacht. Ratingagenturen hatten das Ausfallrisiko von komplexen strukturierten Finanzprodukten systematisch unterbewertet.<sup>29</sup> Investoren weltweit vertrauten den exzellenten (AAA) Bewertungen der betreffenden Wertpapiere und kauften diese, ohne sich der mit ihnen verbundenen Kreditrisiken bewusst zu sein.<sup>30</sup> Ratingagenturen trugen somit zur Intensität und Reichweite der Weltfinanzkrise bei. Umstrittene, ökonomisch und politisch kostspielige Bewertungen der Kreditwürdigkeit von Staaten im Zuge der Europäischen Banken- und Schuldenkrise trugen noch weiter dazu bei, Ratingagenturen in das Zentrum politischer Kritik und Kontroverse zu rücken.

Insbesondere als mit Steuergeldern Finanzinstitutionen gerettet wurden, wurde es geradezu zum politischen Imperativ, klar Stellung gegen Ratingagenturen zu beziehen und die Macht dieser (Mit-)Verantwortlichen für die Krise rechtlich zu beschränken und zu beschneiden.<sup>31</sup> Die zentrale Stellung von Ratingagenturen auf den Finanzmärkten grundlegend zu schwächen, stellte sich jedoch bald als kompliziert, wenn nicht aussichtslos heraus, da leicht verfügbare Alternativen zu den Kreditratings sowohl für Behörden als auch für Investoren schwer zu finden waren. Sobald die systemische Relevanz und die (kurz- und mittelfristige) Unersetzbarkeit von Ratingagenturen durch die maßgeblichen Regulierungsreformkoalitionen in den USA und in der EU anerkannt wurden, war es sehr plausibel, wenn nicht sogar zwingend, auf das politisierte Ratingfiasko mit stärkerer Regulierung und Überwachung zu reagieren.

29 Tony Porter, Risk models and transnational governance in the global financial crisis: the cases of Basel II and credit rating agencies, in: Helleiner/Pagliari/Zimmermann (Hrsg.), *Global Finance in Crisis: The Politics of International Regulatory Change*, London 2010, 56 (69).

30 Markus Brunnermeier/Andrew Crocket/Charles Goodhart/Avinash Persaud/Hyun Shin, *The fundamental principles of financial regulation*, Geneva Reports on the World Economy, Geneva 2009, 54; Stephanie Hiß/Sebastian Nagel, *Ratingagenturen zwischen Krise und Regulierung*, Baden-Baden 2012, 170 ff.; Lucia Quaglia, *Financial services governance in the European Union after the global financial crisis: incremental changes or path-breaking reform?*, in: Moschella/Tsingou (Hrsg.), *Great Expectations, Slow Transformations: Incremental Change in Post-Crisis Regulation*, Colchester 2013, 57 (61).

31 Stefano Pagliari, *Who governs finance? The shifting public-private divide in the regulation of derivatives, rating agencies and hedge funds*, *European Law Journal* 18 (2012), 44-61 (52); Eric Helleiner/Stefano Pagliari, *Crisis and the Reform of International Financial Regulation*, in: Helleiner/Pagliari/Zimmermann (Hrsg.), *Global Finance in Crisis: The Politics of International Regulatory Change*, London 2010, 1.

Sowohl die USA als auch die EU schufen recht weitreichende Regulierungs- und Aufsichtsregime für Ratingagenturen. In den USA wurde durch den „Dodd-Frank Act“ ein neues Registrierungssystem eingeführt, Aufsichtsbehörden wurden mit erweiterten Überwachungs- und Überprüfungs Kompetenzen ausgestattet und aufgefordert, Regeln und Standards für die Erstellung von Ratings zu erarbeiten. Zudem enthielt „Dodd-Frank“ Vorgaben zur Begrenzung von Interessenkonflikten, zu verstärkter interner Kontrolle und zur umfassenden Offenlegung von Daten, Annahmen, Methoden und Statistiken, die der Bewertung zugrunde liegen. Unberührt blieb allerdings das Geschäftsmodell der Ratingagenturen, das vorsieht, dass Emittenten bzw. Schuldner für ihre Ratings bezahlen.<sup>32</sup> Die EU ging in drei Verordnungen über Ratingagenturen (2009, 2011 und 2013) zum Teil noch über die US-Regeln hinaus.<sup>33</sup> Die neu geschaffene Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) wurde mit Registrierungs-, Überwachungs- und Sanktionierungskompetenzen für in der EU gemeldete Ratingagenturen (inklusive Tochterfirmen US-amerikanischer Agenturen) ausgestattet.

Um Ratingagenturen für ihre Bewertungen haftbar zu machen, wurden in den USA und in der EU zudem neue Haftungsregime eingeführt, die zivilrechtliche Klagen gegen Ratingagenturen durch Geschädigte von grob fahrlässigen Ratingfehlern vereinfachen sollen. Interessanterweise agieren US-Behörden mittlerweile selbst als Kläger gegen Ratingagenturen. Staaten sind nunmehr nicht nur Gegenstand, Nutzer und Regulierer von Ratings bzw. Ratingagenturen, sondern versuchen auch, die Macht von Ratingagenturen mit juristischen Mitteln zu kontrollieren und einzudämmen. 2013 verklagte das US-Justizministerium Standard & Poor's und beschuldigte die Firma, im Vorfeld der Finanzkrise auf Subprime-Hypotheken basierende Wertpapiere zu positiv bewertet zu haben, um mehr Ratingaufträge zu erhalten.<sup>34</sup> Während Vertreter von Standard & Poor's zunächst betonten, entschieden gegen diese vermeintlich haltlosen Anschuldigungen anzukämpfen, stimmte Standard & Poor's im Februar 2015 einem Vergleich mit dem US-Justizministerium und rund 20 Bundesstaaten über 1,5 Milliarden US-Dollar zu (wobei die US-Behörden durchaus deutliche Abstriche im Vergleich zu ihrer ursprünglichen Forderung über fünf Milliarden US-Dollar machten). Bereits im Januar 2015 war es zu einer Übereinkunft mit der Wertpapier- und Börsenaufsichtsbehörde über 80 Millionen Dollar gekommen. Der Vergleich vom Februar 2015 beendete somit einen zweijährigen Gerichtsstreit über zu positiv bewertete, auf Subprime-Hypotheken basierende Finanzprodukte. Allerdings stellt das US-Justizministerium weiterhin Untersuchungen gegen Moody's an, die in ein ähnliches Verfahren münden könnten.

### 3.3 Skandale, Missbrauch und Governance-Versagen im Irak und in Afghanistan:

#### Regulierungsbedarf und politischer Impetus für staatliche Kontrolle von PMSF

Die schwache Regulierung und fehlende (mensen-)rechtliche Kontrolle von PMSF, die politisch opportun waren, weil und solange wenig beaufsichtigte PMSF den Rechtfertigungsdruck von Regierungen verringerten, geriet als Folge der Kriege im Irak und Afghanistan, bei denen PMSF in großem Ausmaß zum Einsatz kamen und in zahlreiche Fehlschläge, Missbrauchsfälle und Skandale verwickelt waren, unter Druck. Die Ver-

32 Hill (Fn. 7), 144 ff.; Darbellay (Fn. 7), 71.

33 Darbellay (Fn. 7), 72 f.; Hiß/Nagel (Fn. 30), 243 ff.; Quaglia (Fn. 30), 62.

34 Robinson/McLaughlin (Fn. 9).

schwendung finanzieller Ressourcen, Fälle von Abrechnungsbetrug, Qualitätsprobleme bei verschiedenen Dienstleistungen, Menschenrechtsverletzungen und gewaltsame Zwischenfälle wie die Erschießung von 14 Zivilisten auf dem Nissur-Platz in Bagdad (2007) sowie die Verwicklung in den Gefängnisskandal von Abu Ghraib rückten PMSF in die breitere öffentliche Kritik.<sup>35</sup> Insbesondere PMSF(-Angehörigen) zur Last gelegte Menschenrechtsverletzungen trugen zur Skandalisierung weitgehend unregulierter und zugleich extensiv genutzter PMSF bei. In der Folge gerieten politische Entscheidungsträger und Militärs vor allem im „Hochprivatisierungsland“ USA unter erheblichen Druck, sichtbar gegen PMSF vorzugehen.

Die USA, die PMSF intensiv nutz(t)en, zeigten daraufhin Bestrebungen, die Regulierung und Überwachung, d.h. das „Management“, „ihrer“ PMSF zu verbessern – nicht zuletzt weil *Insourcing*-Initiativen zur Verstaatlichung vormals privatisierter Sicherheitsaufgaben aufgrund finanzieller Restriktionen und fehlender staatlicher Kapazitäten zur zügigen Ersetzung ausgelagerter Leistungen spätestens in der Implementierungsphase weitestgehend scheiterten.<sup>36</sup> Somit führte politisiertes Versagen von PMSF nicht zu einer Rückbesinnung auf den positiven Staat, sondern zu einer Beschleunigung des Übergangs zum Regulierungsstaat auch im Bereich der Sicherheitspolitik. Insbesondere in den USA, wo der politische Druck am höchsten war, kam es – trotz weiter bestehender Regelungs- und Aufsichtslücken – insgesamt zu mehr und verbindlicherer Regulierung und mehr juristischer Überwachung von PMSF.

PMSF, die im Dienste von US-Ministerien und Militärs agieren, sind mittlerweile einer komplexen Struktur von Gesetzen und Regulierungen unterworfen, die von mehr als 20 Überwachungsorganen auf Bundesebene – darunter der Kongress, Regulierungsagenturen und spezialisierte Ausschüsse – getragen werden, die die Aktivitäten von PMSF überwachen.<sup>37</sup> Unter anderem wurden Regelungen für eine bessere Nachverfolgbarkeit von Auftragnehmern in Konfliktregionen, transparentere Vergabepraktiken, eine klarere Definition von Einsatzregeln und eine bessere Koordination mit US-Militärs geschaffen.<sup>38</sup>

Mehrere Untersuchungen und Anhörungen im Kongress in der Folge des Abu-Ghraib-Skandals veranlassten die US-Regierung, PMSF, die US-Soldaten in Konfliktgebieten unterstützen, unter Militärrecht zu stellen.<sup>39</sup> Militärisches Strafrecht soll auch für Zivilisten gelten, die im Einsatzgebiet für die Streitkräfte arbeiten, falls eine Situation der „declared war or a contingency operation“ gegeben ist. Zu diesem Zweck wurden der Uniform Code of Military Justice (UCMJ) sowie der „Military Extraterritorial Jurisdiction Act“ (MEJA) reformiert, wobei insbesondere die Strafverfolgung nach dem MEJA

35 Commission on Wartime Contracting in Iraq and Afghanistan, *Transforming Wartime Contracting: Controlling Costs, Reducing Risks, Final Report to Congress*, Washington 2011; Allison Stanger, *One Nation under Contract: The Outsourcing of American Power and the Future of Foreign Policy*, Yale 2009.

36 Eugenio Cusumano/Christopher Kinsey, *Bureaucratic Interests and the Outsourcing of Security: The Privatization of Diplomatic Protection in the United States and the United Kingdom*, *Armed Forces and Society* 41 (2015), 591.

37 Private Security Monitor, *National Regulations: United States*, Website des Sié Chéou-Kang Center der Universität Denver, [http://psm.du.edu/national\\_regulation/united\\_states/index.html](http://psm.du.edu/national_regulation/united_states/index.html) (letzter Abruf 20.7.2016).

38 De Nevers (Fn. 8), 61 f.

39 Ebd.; Corn (Fn. 8), 166 ff.; Anne C. Cutler, *The Legitimacy of Private Transnational Governance: Exports and the Transnational Market for Force*, *Socio-Economic Review* 8 (2010), 157 (168).

nach wie vor kompliziert bleibt und stark vom Willen militärischer Befehlshaber abhängt, Zivilisten für Verstöße gegen den MEJA strafrechtlich zu belangen.

Auch auf gerichtlicher Ebene gab es Veränderungen. Mittlerweile wurden Mitarbeiter von PMSF vor US-Gerichten verklagt und verurteilt. Die Erschießung von 14 Zivilisten durch Angehörige der US-amerikanischen Firma Blackwater (heute: Academi) auf dem Nissur-Platz in Bagdad rief besonders heftige Kritik und mehrere Klagen – auch vor US-Gerichten – hervor. Zunächst versuchte die US-Regierung aktiv, Versuche, Blackwater haftbar zu machen, zu untergraben. In diesem Zusammenhang setzte sie sogar die irakische Regierung unter Druck, ihr Verbot eines Einsatzes von Blackwater im Irak aufzuheben, da das Außenministerium keinen Plan B für den Schutz seiner Diplomaten im Irak hatte und abhängig von den Diensten von Blackwater war.<sup>40</sup> Später nahm die US-Regierung jedoch eine zunehmend distanzierte Haltung gegenüber der skandalbehafteten Firma ein. US-Vizepräsident Joe Biden sprach sich für die Wiederaufnahme des zwischenzeitlich eingestellten Verfahrens gegen die Blackwater-Mitarbeiter aus.<sup>41</sup> Als nach einem langwierigen Verfahren 2015 mehrere Blackwater-Mitarbeiter wegen Mordes verurteilt wurden, forderte die US-Regierung in einem „sentencing memorandum“ dazu auf, empfindliche Strafen zu verhängen, um so „hold the defendants accountable for their callous, wanton, and deadly conduct, and deter others wielding the awesome power over life or death from perpetrating similar atrocities in the future“.<sup>42</sup>

Verfahren gegen Mitarbeiter von CACI und Titan, denen vorgeworfen wird, an Folter, Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, sexueller Nötigung sowie grausamer, inhumaner und herabwürdigender Behandlung von Gefangenen beteiligt gewesen zu sein, sind noch nicht abgeschlossen. Doch das US Department of the Army und die Untersuchungsbehörden betonen explizit, dass sie die Firmen hinsichtlich der Beteiligung an Misshandlungen in Abu Ghraib in zahlreichen Fällen für schuldig halten und ihre gerichtliche Verfolgung unterstützen.

#### 4 Begrenzte Effektivität und politische Implikationen der rechtlichen Kontrolle

Doch wie effektiv sind diese Ansätze intensiverer (staatlich-)rechtlicher Kontrolle von privaten Autoritäten? Was sind die Potenziale, Probleme und politischen Implikationen einer verstärkten rechtlichen Kontrolle und Verantwortlichkeit?

##### 4.1 Potenziale und Probleme der staatlich betriebenen Verrechtlichung privater Autoritäten

Die Probleme und Grenzen scheinen hierbei gewaltig. Zwar kann rechtliche Kontrolle von privaten Herrschaftsaktoren durch staatliche Instanzen dazu beitragen, zusätzliche Einflussmöglichkeiten für staatliche Behörden und nichtstaatliche *Stakeholders* zu schaffen, um private Autoritäten (stärker) ihrer rechtlichen Verantwortung zuzuführen. Die gerichtliche Prüfung von konkretem Versagen privater Governance-Akteure und der

40 Deitelhoff (Fn. 14), 200.

41 Nicky Woolf, Former Blackwater guards sentenced for massacre of unarmed Iraqi civilians, Guardian vom 14.4.2015, <https://www.theguardian.com/us-news/2015/apr/13/former-blackwater-guards-sentencing-baghdad-massacre> (letzter Abruf 13.8.2016).

42 Zitiert in ebd.

Verletzung menschenrechtlicher Standards kann rechtliche, ökonomische und reputationsbezogene Sanktionen nach sich ziehen, die in Abwesenheit rechtlicher Kontrolle nicht aktivierbar wären.

Nichtsdestotrotz gibt es gute Gründe anzunehmen, dass effektive staatliche Kontrolle von privaten Autoritäten mit rechtlichen Mitteln einerseits schwer zu bewerkstelligen sowie politisch heikel und andererseits mit problematischen nicht intendierten Folgen verbunden sein kann. Je komplexer und undurchsichtiger die Problemlagen und je transnationaler die Governance-Arrangements sind, desto begrenzter sind einzelstaatliche Überwachungs- und Rechtsdurchsetzungskapazitäten. Zudem ist – wie oben erläutert – rechtliche Kontrolle und Transparenz gerade für Exekutiven häufig politisch nicht attraktiv. In Abwesenheit bzw. bei Nachlassen von öffentlichem Regulierungs- und Aufsichtsdruck fehlen daher oftmals Anreize, private Autoritäten kontinuierlich (und aufwendig) durch geeignete staatliche Stellen zu kontrollieren. Beide Hindernisse erschweren nach wie vor eine effektive rechtliche Kontrolle von PMSF.

Noch grundlegender erscheint jedoch eine weitere, nicht intendierte Folge intensivierter rechtlicher Kontrolle und Überprüfung privater Autoritäten. Verkürzt und pointiert lässt sich sagen, dass verrechtlichte private Autoritäten noch weniger einfach wieder (als Governance-Akteure) verschwinden. Oder präziser formuliert: Regulierung und rechtliche Überprüfung tragen dazu bei, den Status privater Akteure als autoritative (wenn auch fehler- und problembehaftete) Governance-Akteure festzuschreiben. So werden paradoxer Weise (formal) herrschaftsbegrenzende, d.h. das Verhalten privater Akteure regulierende Rechtsakte in ihrer macht- und autoritätspolitischen Wirkung zu herrschaftsbegründenden oder zumindest herrschaftsfestigenden, d.h. den Status privater Akteure als Governance-Akteure und private Autoritäten stützenden Akten. Damit unterminieren sie Versuche, private Autoritäten grundlegend zu entmachten bzw. zu beschränken und den autoritativen Charakter privater Governance-Akteure fundamental herauszufordern. Die Verrechtlichung und verstärkte Kontrolle privater Governance-Tätigkeiten sind insoweit performativ, als sie die Handlungen privater Akteure noch autoritativer gestalten, indem sie diese als – regulierungs- und kontrollbedürftige, aber grundsätzlich legitime – Herrschaftsakte behandeln, reartikulieren und institutionell festschreiben. So trägt die (sich bisher abzeichnende) Verrechtlichung privater Autoritäten zu einer weiteren Institutionalisierung ihres Status als Governance-Akteure bei, ohne damit korrespondierende menschenrechtliche Abwehrrechte und -mechanismen zu schaffen.

#### 4.2 (Vorläufige) Lehren aus der Regulierung von Ratingagenturen und PMSF

Diese abstrakten Überlegungen lassen sich gut anhand des Beispiels der verstärkten Regulierung und rechtlichen Kontrolle von Ratingagenturen nach der Weltfinanzkrise illustrieren. So sind die neuen Regeln und Haftungsregime ein signifikanter Verrechtlichungsschritt gegenüber früheren Vorstellungen von unregulierten Ratingagenturen, die Kreditratings als „bloße Meinungen“ darstellten. US-Behörden scheuten sich aber, noch stringenter rechtliche Haftungsbestimmungen für Ratingagenturen auf den Weg zu bringen, nachdem letztere auf derartige Pläne dergestalt reagierten, dass sie Ratings für bestimmte Finanzprodukte verweigerten und so massive Marktturbulenzen verursachten. Erfolgreiche Schadensersatzforderungen werden auch unter den neuen Haftungsbestimmungen alles andere als einfach sein. Beispielsweise muss ein Investor auch nach dem neuen EU-Recht beweisen, dass er sich bei seiner Investitionsentscheidung „vernünftiger

Weise" und mit „angemessener Sorgfalt“ auf die Ratingagentur verlassen hat. Diese und andere Voraussetzungen wie messbare und kausal zuzuordnende Schädigungen durch Ratings sowie das Vorliegen von „grober Fahrlässigkeit“ auf Seiten der verklagten Ratingagentur werden oftmals schwer zu beweisen sein.

Auch die Milliardenstrafe für Standard & Poor's signalisiert einerseits, dass (die staatliche Drohung) eine(r) Klage bedeutsame finanzielle Konsequenzen für fehlerhafte Ratings haben kann. Andererseits ließen die US-Behörden mit ihrem Deal Standard & Poor's jedoch noch einmal davonkommen, ohne dass die Firma explizit Gesetzesverstöße einräumen musste, und machten weitgehend unbeachtet von parlamentarischer und gesellschaftlicher Beobachtung zudem erhebliche finanzielle Zugeständnisse im Vergleich zu den ursprünglichen Forderungen von fünf Milliarden US-Dollar.

Nichtintendierte Konsequenzen von strengerer Regulierung und stärkerer zivilrechtlicher Haftung zeigen sich insofern, als die neuen Regeln auch neue Markteintrittsbarrieren schaffen und die zentrale Stellung der Marktführer eher stärken als schwächen.<sup>43</sup> Darüber hinaus reproduzieren sie Ratingagenturen als staatlich anerkannte private Autoritäten, statt sie zu einfachen Dienstleistern oder ihrer Selbstdefinition entsprechend zu bloßen Meinungsverbreitern zu degradieren.<sup>44</sup> Formelle öffentliche Regulierung und juristische Kontrolle haben somit den Charakter eines "too much of an official endorsement to ratings".<sup>45</sup> Anstatt Anreize zu schaffen, sich weniger auf Ratings zu verlassen, trägt die Regulierung und rechtliche Kontrolle dazu bei, den Status von Ratingagenturen als autoritative Richter über Kreditwürdigkeit zu zementieren. Ratingagenturen werden als fehlbare, aber unabkömmliche „Torwächter“ für die Finanzmärkte konstruiert, die mit juristischen Mitteln kontrolliert werden können und müssen, um eine verlässliche systemische Kontrollfunktion auf den Finanzmärkten zu erfüllen. Damit wird ein kaum zu rechtfertigendes Vertrauen von Marktteilnehmern in die Glaubwürdigkeit und Verlässlichkeit von Ratings und Ratingagenturen bestärkt oder sogar wiederhergestellt.

Zwar sind die Effekte der zumindest in den USA (moderat) ausgebauten Regulierung von PMSF noch schwerer zu beurteilen; doch es zeichnet sich auch hier ab, dass mit der Intensivierung von Regulierung, Aufsicht und Kontrolle von PMSF anstelle von substanziellem Insourcing und Verzicht auf PMSF an einem Scheidepunkt eine Grundsatzentscheidung gefällt und ein Pfad der fortgesetzten, „regulatorisch eingehegten“ privaten Sicherheitsbereitstellung eingeschlagen wurde, von dem eine Abkehr immer schwieriger und unwahrscheinlicher erscheint.

Ohne Zweifel bedarf es längerfristiger Forschung über Ratingagenturen und PMSF sowie weitere private Autoritäten, um die skizzierten Erwartungen der begrenzten Effektivität der Verrechtlichung privater Autoritäten durch staatliche Initiativen und Institutionen zu untermauern. Doch es gibt durchaus Anlass zur Skepsis mit Blick auf die eingangs aufgeworfene Frage, inwiefern Staaten in der Lage sind, private Autoritäten nach ihrer Ermächtigung effektiv rechtlich zu kontrollieren, ihre(n) Macht(missbrauch) zu beschränken und sie zur Einhaltung menschenrechtlicher Prinzipien anzuhalten. Umso wichtiger erscheint es, Privatisierungsentscheidungen zu Gunsten bestimmter privater Akteure nur wohlüberlegt zu treffen.

43 Darbellay (Fn. 7), 87; Hill (Fn. 7), 133 ff.; Lawrence J. White, Markets: The Credit Rating Agencies, *Journal of Economic Perspectives* 24 (2010), 211.

44 Kruck (Fn. 7), 754 f.

45 Brunnermeier et al. (Fn. 30), 54.