

Rechts- und verwaltungswissenschaftliches

GUTACHTEN

zum

Entwurf eines Gesetzes

zur Stärkung der Attraktivität von Wohnquartieren

und Nachbarschaften

(Wohnquartier- Attraktivitätssteigerungsgesetz)

erstattet für die

Freie und Hansestadt Hamburg

von

Prof. Dr. Gunnar Folke Schuppert

Humboldt-Universität zu Berlin/

Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung

Gliederung des Gutachtens

A.	Einleitung	4
B.	Zur Konstruktions- und Funktionslogik von City Improvement Districts	8
I.	Zur Selbsteinschätzung des hamburgischen Landesgesetzgebers	8
II.	City Improvement Districts – eine besondere Form von Public Private Partnership?.....	10
1.	Typologie von PPPs	10
2.	Drei Generationen von PPPs	12
III.	City Improvement Districts als Erscheinungsform von Urban Governance zwischen privater Initiative und staatlichem Zwang	14
IV.	Hoheitliche Flankierung privater Selbstorganisation.....	16
1.	Zur hoheitlichen Hilfestellung bei privater Selbstorganisation als Steuerungsinstrument.....	16
2.	Die Errichtung von City Improvement Districts als Anwendungsfall privater Selbstorganisation.....	21
V.	Zusammenfassung	26
C.	Kompetenzmäßigkeit des Gesetzes zur Stärkung der Attraktivität von Wohnquartieren und Nachbarschaften	28
D.	Zulässigkeit der Abgabenerhebung	34
I.	Kein abschließender Kanon zulässiger Abgabetypen.....	34
II.	Beitrag oder Sonderabgabe?.....	38
1.	Zum fehlenden Beitragscharakter	39

2.	Grundeigentümer-Abgabe als Sonderabgabe	43
3.	Zur Zulässigkeit der Sonderabgabe	46
4.	Einzelheiten zur Abgabenerhebung	48
a)	Maßstäbe der Abgabenerhebung.....	48
b)	Überwälzbarkeit der Abgabe an die Mieter als Betriebskosten?.....	51
c)	Mittelverwendung	54
E.	Die Errichtung von Housing/Neighbourhood Improvement Districts – ein nach geltendem Vergaberecht ausschreibungspflichtiger Vorgang?	57
I.	Ausschreibungspflichtigkeit wegen PPP-Charakters?.....	57
II.	Funktionale versus formal-rechtliche Betrachtungsweise	60
III.	Begründung von City Improvement Districts kein vergaberechtlicher Vorgang	63
F.	Vereinbarkeit mit Europäischem Beihilferecht	65
I.	Gemeinschaftsrechtswidrige Begünstigung des Aufgabenträgers?.....	66
II.	Staatlich flankierte private Selbstorganisation keine Wettbewerbsverfälschung im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV.....	68
G.	Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Konsequenzen	71
I.	Erhöhung des Unterstützungs-Quorums	71
II.	Beteiligung der abgabepflichtigen Grundeigentümer.....	72
III.	Aufsicht	73
IV.	Übertragung der Aufgabenwahrnehmung auf Dritte	75
V.	Ermessen des Senats bei der Errichtung eines HID/NID?.....	75
H.	Zusammenfassung in Thesenform.....	77

A. Einleitung

Der zu begutachtende Gesetzentwurf zur Stärkung der Attraktivität von Wohnquartieren und Nachbarschaften betritt nicht völliges Neuland, sondern knüpft an ein offenbar erfolgreiches Vorläufermodell, nämlich die Einrichtung von sog. Business Improvement Districts (BIDs) durch das Gesetz zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren vom 28. Dezember 2004,

– HambGVBl. 2004, S. 525

mit dem angestrebt wurde und wird, zur Förderung der Wirtschaft und zur Verbesserung der Versorgung der Bevölkerung mit Waren und Dienstleistungen gewachsene urbane Einzelhandels- und Dienstleistungszentren zu stärken und zu entwickeln. Dieses Gesetz war – noch im Entwurfsstadium - Gegenstand einer umfassenden Begutachtung,

– Rechtliche Zulässigkeit der Schaffung von „Business Improvement Districts (BIDs)“. Rechtsgutachten, erstattet im Auftrag der Freien und Hansestadt Hamburg von Johannes Hellermann, Universität Bielefeld und Georg Hermes, Universität Frankfurt am Main, August 2004

in der Abgaben- und vergaberechtliche Fragen erörtert wurden, die auch für den hier zu begutachtenden Gesetzentwurf von Bedeutung sind.

In diesem Gutachten ging es um **zwei wichtige Qualifikationsprobleme**, nämlich einmal um die rechtliche Qualifizierung der von den in einem City Improvement District von den Grundeigentümern zu erhebenden Abgabe – Steuer, Beitrag oder Sonderabgabe – und zum andern um die Qualifizierung der Konstruktion von City Improvement Districts – vergaberechtlicher Beschaffungsvorgang oder neuartige hybride

Erscheinungsform von staatliche flankierter privater Selbstorganisation. Beide Qualifikationsaufgaben bereiteten **offenbar Schwierigkeiten**. Zum Problem der abgaberechtlichen Qualifikation heißt es in dem genannten Gutachten

- a.a.O., S. 70

insoweit wie folgt:

- „Zusammenfassend kann man feststellen, daß die besondere, tradierte Organisationsformen verlassende Konzeption des Innovationsbereichs sich auch niederschlägt in gewissen Schwierigkeiten und Unsicherheiten der finanzverfassungsrechtlichen Einordnung der zu seiner Finanzierung zu erhebenden Abgabe“.

Zum Problem der **vergaberechtlichen Qualifikation** gibt das Gutachten

- a.a.O., S. 97

die folgende Einordnungsschwierigkeit zu Protokoll:

- die Schwierigkeiten bei der Subsumtion des im Entwurf konzipierten Public Private Partnership-Modells unter die oben dargestellten Tatbestandsmerkmale des § 98 Nr. 2 GWB sind vor allem der Tatsache geschuldet, dass das Vergaberecht das Phänomen der Public Private Partnerships in seinen neuartigen, variierenden Strukturen öffentlicher Aufgabenbewältigung noch nicht hinreichend verarbeitet hat.“

Die Schwierigkeiten der rechtlichen Einordnung in die Typik des Abgaben- und Vergaberechts beruhen also – so kann man das Gelernte zusammenfassen – auf der Ungewöhnlichkeit des Gegenstandes, eines Gegenstandes, von dem man nicht genau weiß, was er eigentlich ist. Solche Qualifikationsprobleme sind keineswegs ungewöhnlich, sondern tauchen typischerweise immer dann auf, wenn es sich – wie auch

hier – um hybride Organisationsformen handelt, die Elemente des staatlichen und des privaten Sektors miteinander verbinden.

- Zur Hybridisierung öffentlicher Aufgabenträger als organisatorischer Konsequenz einer zunehmenden Verzahnung von öffentlichem und privatem Sektor siehe Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, München 2006, Rdnr. 120ff.

Das bekannteste Beispiel ist die ungeliebte und deshalb nicht mehr existierende Treuhandanstalt, deren rechtliche Qualifikation erhebliche Schwierigkeiten bereitete.

- Siehe Gunnar Folke Schuppert, Die Treuhandanstalt – Zum Leben einer Organisation im Überschneidungsbereich zweier Rechtskreise, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis 1992, S. 186ff.

Was sollte man von einer Institution halten, die – so Roland Czada –

- die Treuhandanstalt im Umfeld von Politik und Verbänden, in: Wolfram Fischer/Herbert Hax/Hans K. Schneier (Hrsg.), Treuhandanstalt – Das Unmögliche wagen, 1993, S. 148ff.

„rechtlich kein Unternehmen und faktisch keine staatliche Behörde ist, offenbar zugleich bundesunmittelbare Anstalt des öffentlichen Rechts wie qualifizierter faktischer Konzern, von der Rechtsform her Einheit der mittelbaren Staatsverwaltung, vom Selbstverständnis her eher Konkursmanagement?“

Aus diesen bisherigen Überlegungen ergibt sich für den **methodischen Ansatz** dieses Gutachtens eine zentrale Konsequenz. Die Beantwortung der dem Gutachten gestellten Rechtsfragen kann nur gelingen, wenn Gewißheit darüber besteht, was City Improvement Districts – seien die Business Improvement Districts oder Housing/Neighbourhood Improvement Districts – eigentlich sind. Um diese Qualifikationsfrage angemessen lösen zu können, ist es erforderlich, der rein rechtlichen auch

eine verwaltungswissenschaftliche Perspektive hinzuzufügen sowie auch die bisherigen Praxiserfahrungen einzubeziehen. Das Gutachten beginnt daher – vor Eintritt in die eigentliche Rechtsprüfung – mit grundsätzlichen Überlegungen zur Konstruktions- und Funktionslogik von City Improvement Districts.

B. Zur Konstruktions- und Funktionslogik von City Improvement Districts

Wenn man nach Konstruktions- und Funktionslogik eines die tradierten Organisationsformen verlassenden neuen institutionellen Arrangements fragt, ist es naheliegend, zunächst einmal nachzufragen, was die Schöpfer dieser neuartigen Koordinationsstruktur damit für Vorstellungen verbunden und an welchen begrifflichen Leitbildern sie sich dabei orientiert haben; mit diesem Punkt soll daher begonnen werden.

I. Zur Selbsteinschätzung des hamburgischen Landesgesetzgebers

In der Begründung des Gesetzentwurfs zur Einrichtung von Business Improvement Districts – BID-Gesetzentwurf –

– HambGVBl. 2004, S.

heißt es zum Regelungsziel des Gesetzes wie folgt:

– „Mit dem Gesetzentwurf soll erstmals in Deutschland der Versuch gemacht werden, **die Selbstorganisation der lokalen Händler und Dienstleister durch einen gesetzlichen Rahmen zu unterstützen**. In festgelegten Bereichen zur Stärkung der Innovation von Einzelhandels- und Dienstleistungszentren (Innovationsbereichen) sollen in einem begrenzten Zeitraum Verbesserungsmaßnahmen durchgeführt werden. Der Aufwand wird auf die begünstigten Grundstückseigentümer umgelegt. Dieses Konzept findet sein Vorbild in den ‚Business Improvement Districts‘, vergleichbaren Einrichtungen, die in nordamerikanischen Städten mittlerweile in großer Zahl erfolgreich realisiert sind.“

Und an etwas späterer Stelle wird die **Gesamtkonzeption des Entwurfs** wie folgt erläutert:

– „Nach seiner Gesamtkonzeption stellt der Entwurf materielle und verfahrensrechtliche Instrumente zur Verfügung, mit deren Hilfe die Aufgabe der Stärkung und Entwicklung gewachsener urbaner Einzelhandels- und Dienstleistungszentren in Kooperation zwischen Staat (Freie und Hansestadt Hamburg) und Privaten erledigt werden soll. Es handelt sich also um **eine besondere Form der Public-Private-Partnership**. Wesentliches Element des Konzeptes ist die Bestimmung der Aufgabenverantwortlichkeit: Die genannte Aufgabe soll durch Selbstorganisation der lokalen Händler und Dienstleister erledigt werden, während sich die Rolle der Freien und Hansestadt Hamburg darauf beschränkt, diese Selbstorganisation zu unterstützen. Der Staat wird also nicht Aufgabenträger, sondern er beschränkt sich darauf, durch Gesetz das öffentliche Interesse an der Erledigung dieser Aufgabe durch die Selbstorganisation der beteiligten Privaten zu begründen, dieses öffentliche Interesse im Hinblick auf konkrete Konzepte durch Rechtsverordnung zu konkretisieren und auf dieser Grundlage Defizite freiwilliger **Selbstorganisation** (Trittbrettfahrer durch unterstützende hoheitliche Maßnahmen zu kompensieren. Die **Aufgaben- und Verantwortungsteilung** der beteiligten Akteure lässt sich auf dieser Grundlage wie folgt grob skizzieren...“

Drei Begriffe werden also vom Landesgesetzgeber zur Kennzeichnung seiner Regelungskonzeption herangezogen: Selbstorganisation, Public Private Partnership, Verantwortungsteilung. In ganzen Sätzen formuliert, kann man das Gesamtkonzept wie folgt zusammenfassen:

- City Improvement Districts sind ein **Anwendungsfall gesetzlich unterstützter lokaler Selbstorganisation**.
- City Improvement Districts sind **eine besondere Form von Public Private Partnership**.
- City Improvement Districts sind ein **Anwendungsfall praktizierter Aufgaben- und Verantwortungsteilung**.

Im Folgenden gilt es, herauszufinden, ob diese Charakterisierung eigentlich zutrifft, was, wenn ja, das wirklich prägende Element ist und ob – als dritter Schritt gewissermaßen – noch andere begriffliche Konzepte herangezogen werden könnten und sollten.

II. City Improvement Districts – eine besondere Form von Public Private Partnership?

Die Literatur zu Public Private Partnerships (im folgenden Text: PPPs) ist inzwischen unübersehbar; da es aber an neueren Übersichten und Zusammenfassungen nicht fehlt,

- vgl. die Beiträge in: Dietrich Budäus (Hrsg.), Kooperationsformen zwischen Staat und Markt. Theoretische Grundlagen und praktische Ausprägungen von Public Private Partnership, Baden-Baden 2006.

ist eine Aufarbeitung an dieser Stelle auch nicht erforderlich. Es soll statt dessen so vorgegangen werden, die **typischen Konstellationen von PPP** vorzustellen, um dann zu fragen, wie sich der hier zu begutachtende Fall dazu verhält.

1. *Typologie von PPPs*

Nach einem im Erscheinen begriffenen Übersichtbeitrag

- Maria Oppen/Detlef Sack, Governance von Leistungserstellungprozessen öffentlicher Güter in Public Private Partnerships, erscheint in: Gunnar Folke Schuppert/Michael Zürn (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, Wiesbaden 2007/08.

kann man zumindest **drei Typen von PPP** unterscheiden

– „Unter **organisatorischen PPP** werden jene sektorübergreifende Kooperationen verstanden, bei denen eine gemeinsame Organisation gegründet bzw. eine bestehende umgewandelt wird, sodass unterschiedliche Akteure in dieser zusammen arbeiten. Häufig handelt es sich hier um gemischtwirtschaftliche privatrechtliche Gesellschaften, die von öffentlichen wie privaten Anteilnehmern gehalten werden. Möglich sind aber auch gemeinsame Vereine, in denen eine dichte Kooperation formalisiert ist. Als **vertragliche PPP** werden vereinbarte Kooperationen mit einer eher hohen Spezifizierung der zu erbringenden Leistung bezeichnet, bei denen die unterschiedlichen Akteure nicht allein durch ein gemeinsames enges Vertragswerk, sondern auch durch vereinbarte wechselseitige Konsultationen und Beratungen miteinander verbunden sind. Entsprechende Beispiele sind Konzessions- und Betreibermodelle, wie sie etwa in der Infrastruktur üblich sind, soweit dort mehrere der Elemente Planung, Bau, Instandhaltung und Betrieb von Anlagen an Privatunternehmen vergeben werden, bzw. Leistungsverträge in der Sozialpolitik mit den Trägern entsprechender Einrichtungen. Schließlich gibt es die Kategorie der **informellen und selbstverpflichtenden PPP**. Hier handelt es sich um mehr oder weniger formalisierte Kooperationsformen etwa in Konferenzen, Foren oder Verbundprojekten, in denen Akteure aus öffentlicher Verwaltung, privaten Unternehmen und zivilgesellschaftlichen Organisationen Ziele und Maßnahmen definieren sowie ihre Handlungen koordinieren. Niveau und Formalisierungsgrad der wechselseitigen Verpflichtung sind jedoch deutlich geringer als bei den beiden erstgenannten PPP-Formen.“

Was die tatsächliche Verbreitung von PPPs und ihre Arbeitsfelder angeht, so läßt sich dazu unter Bezugnahme auf die Informationen bei Oppen und Sack (a.a.O.)

– siehe auch Detlef Sack, Liberalisierung und Privatisierung kommunaler Dienstleistungen – Entwicklungstrends und Wirkungsanalyse, in: Deutsche Zeitschrift für Kommunalwissenschaft, 2006, S. 25-38 (dort m.w.N.).

folgendes berichten: Während Angaben zu informellen, selbstverpflichtenden PPPs schwer zu erheben sind, liegen quantitative Daten bezüglich der Verbreitung von PPPs in **infrastrukturellen Aufgabenfeldern** vor:

- „Auf der Grundlage von 97 Antworten aus deutschen Städten, darunter die 10 bevölkerungsreichsten, aus 2002 zeigt sich, dass organisatorische PPP, d.h. materielle Teil-Privatisierungen insbesondere in den Bereichen der Energieversorgung (62% der befragten Gebietskörperschaften), im Nahverkehr (53%), in der Wasserver- (43%) sowie in der Abfallentsorgung (39%) existieren [...]. Eine Umfrage der Universität Potsdam, die in Kooperation mit der Kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmodernisierung in den Jahren 2002/2003 durchgeführt wurde, identifizierte bei den 135 antwortenden Städten insgesamt 2009 Beteiligungen, von denen 777 (39%) mit Privaten eingegangen wurden [...]. Im Vergleich dreier ähnlicher, aber auch unterschiedlichen Stadttypenbezogener Studien kommen die Autoren zu dem Schluss, dass insbesondere in den Aufgabenfeldern Energieversorgung, ÖPNV, Wohnungswirtschaft, Abfallentsorgung und Krankenhäuser organisatorische PPP entstanden [...].“

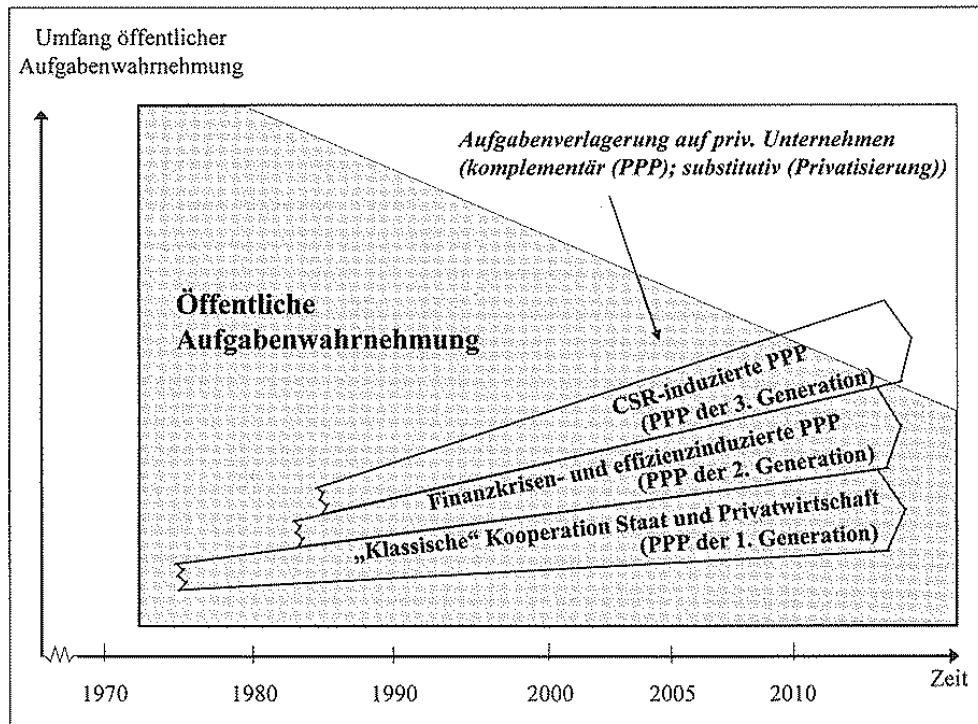
Wenn man sich dies alles vor Augen hält, so wird klar, daß es sich in dem hier zu beurteilenden Fall **nicht um einen klassischen PPP-Typus handelt**: weder liegt eine informelle selbst-verpflichtende PPP vor, noch eine auf öffentliche Leistungserbringung zielende PPP, die durch den „Einkauf“ privater Handlungskompetenz zu einer effizienteren Aufgabenerfüllung führen soll. Dieser Befund bestätigt sich, wirft man einen Blick auf verschiedene Generationen von PPPs.

2. *Drei Generationen von PPPs*

Dietrich Budäus hat unlängst vorgeschlagen,

- Public Private Partnership – Kooperationsbedarfe, Grundkategorien und Entwicklungsperspektiven, in: derselbe (Hrsg.), Kooperationsformen zwischen Markt und Staat, 2006, S. 11ff.

drei Generationen von PPPs zu unterscheiden:



Auch hier kommt man zu dem Ergebnis, daß der hier zu beurteilende Fall in die von Budäus dargestellte Generationenfolge nicht passen will: Weder handelt es sich um eine klassische Kooperation zwischen Staat und Privatwirtschaft auf dem Gebiet der öffentlichen Leistungserbringung, noch um eine Finanzkrisen-PPP wie beim Bau von Universitäten oder Fernstraßen und auch nicht um PPPs, die von Unternehmen eingegangen werden, weil sie ihrer Corporate Social Responsibility (CSR) genügen wollen. Es wäre also allenfalls an eine neue, nunmehr vierte Generation von PPPs in Gestalt von staatlicher Flankierung privater Selbstorganisation zu denken, die als PPP zu bezeichnen dann wohl eher in die Irre führen würde. Bevor auf dieses Stichwort „staatliche Flankierung privater Selbstorganisation“ näher eingegangen wird, soll noch ein Blick auf die neuere Governance-Perspektive geworfen werden.

III. City Improvement Districts als Erscheinungsform von Urban Governance zwischen privater Initiative und staatlichem Zwang

in einem im Erscheinen begriffenen Vortrag hat Jens Kersten

- Business Improvement Districts in der Bundesrepublik Deutschland. Urban Governance zwischen privater Initiative und staatlichem Zwang, demnächst in: UPR 2007 (Heft 4), Manuskript, Berlin Februar 2007

darauf hingewiesen, daß zum Verständnis dieses neuartigen institutionellen Arrangements die Governance-Perspektive hilfreich sein könne. Der damit in Bezug genommene Governance-Ansatz, der – um es ganz verknappt auszudrücken – die **Modi der Handlungskoordination von staatlichen und nicht-staatlichen Akteuren in und durch Regelungsstrukturen** untersucht,

- siehe dazu Renate Mayntz, Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?, sowie Gunnar Folke Schuppert, Governance im Spiegel der Wissenschaftsdisziplinen, beide in: Schuppert (Hrsg.), Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, 2. Aufl. Baden-Baden 2006, S. 11ff., 371ff.

interessiert sich besonders für das Phänomen des **Governance-Mix**, also dafür, welche verschiedenen Governance-Modi – von der Hierarchie bis zum Netzwerk – in bestimmten Politikfeldern in welcher Kombination vorkommen und warum.

- vgl. als Beispiel Bernhard Speyer, Governance internationaler Finanzmärkte – zur Erklärung der Polymorphie, in: Schuppert (Hrsg.), Governance-Forschung, S. 302ff.

Genau dieser Frageansatz könnte für den hier zu beurteilenden Fall von City Improvement Districts weiterführend sein, da es ja hier um eine besonders interessante Mischung von privater Selbstorganisation und staatlich-hoheitlicher Regulierung geht.

Kersten macht daher zu recht geltend, daß die PPP-Perspektive den zu beurteilenden Fall der Improvement Districts nicht ausschöpfe und daher um die Perspektive von „Urban Governance“

- siehe dazu Hubert Heinelt, Governance auf lokaler Ebene, in: Arthur Benz (Hrsg.), Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen, Wiesbaden 2004, S. 29-44; Gunnar Folke Schuppert, Regierbarkeitsprobleme von Großstädten am Beispiel Berlins – Überlegungen zu Metropolitan Governance, in: Baßeler/Heintzen/Kruschwitz (Hrsg.), Berlin-Finanzierung und Organisation einer Metropole, 2006, S. 131ff.

erweitert werden müsse; seine bedenkenswerten Überlegungen zu diesem Aspekt, die m.E. den richtigen Punkt treffen, lauten wie folgt:

- „Die Umsetzung von BIDs durch die Länder bereichern den ‚PPP-Modell-Dschungel‘ um eine in Deutschland neue Form von Public Private Partnership, in der sich freiwillige private Initiative und staatlicher Zwang zu einem Handlungskonzept verbinden. Der Staat will die öffentliche Aufgabe der Entwicklung der Innenstädte nicht selbst erfüllen. Er überlässt sie den Grundstückseigentümern, die hieran ein wirtschaftliches Eigeninteresse haben. Und der Staat unterstützt diese private Initiative wiederum, weil das private Engagement dem Gemeinwohl dient.

Doch mit Public Private Partnership ist das BID-Konzept noch keineswegs hinreichend verwaltungswissenschaftlich abgebildet: Es handelt sich um Governance, noch genauer um Urban Governance. Mit Urban Governance werden Handlungskonzepte beschrieben, die einen ‚intermediären Raum zwischen Staat, Privatwirtschaft und Zivilgesellschaft‘ informal vernetzen. Gerade dies ist das Ziel von BIDs: Sie besitzen nach dem Hamburger Modell keine Rechtspersönlichkeit, sind also nicht institutionalisiert, sondern ein informales Netzwerk. In dieses informale Netzwerk sind die Grundstückseigentümer, die Bürger, die Öffentlichkeit und der Staat einbezogen, wobei der von den Grundstückseigentümern gestützte Aufgabenträger der zentrale Akteur ist. Dabei zeigt das BID-Konzept,

dass Governance und Government – also **intermediäre Vernetzung und staatliche Hierarchie – keine Gegensätze sind**. Governance und Government sind vielmehr aufeinander angewiesen: Das Urban Governance-Konzept BID bedarf der hoheitlichen Gebietsfestsetzung und der hoheitlichen Zwangsabgabe. Es kann sich also – in den Worten von Fritz Scharpf – nur **im ‚Schatten der Hierarchie‘** entfalten. Vice versa kommt die kommunale Selbstverwaltung – also Selbstverwaltung – aufgrund von Steuerungsdefiziten und leeren Kassen nicht ohne das Engagement von vernetzten privaten Akteuren – also ohne Governance-Struktur – aus, um eine nachhaltige Standortpolitik in den Innenstädten und Stadtteilen zu gestalten.“

IV. Hoheitliche Flankierung privater Selbstorganisation

1. *Zur hoheitlichen Hilfestellung bei privater Selbstorganisation als Steuerungsinstrument*

Wenn man den mit der Einrichtung von City Improvement Districts praktizierten **Governancemodus** möglichst präzise benennen will, so kann man von einer **staatlich-hoheitlichen Flankierung privater Selbstorganisation** sprechen. Die hoheitliche Flankierung soll sicherstellen, daß eine erwünschte Selbstorganisation – hier: im Bereich der Stadtteilentwicklung – auch wirklich **funktioniert**. Dafür wird das gesamte hoheitliche Repertoire eingesetzt, nämlich einmal ein die **Regelungsstrukturen vorgebendes Gesetz**, zum anderen die Sicherung der Finanzierung durch die **Auferlegung einer** wie auch immer zu qualifizierenden **öffentlichen Abgabe** und schließlich durch den im Gesetz vorgegebenen **Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages mit dem Vorhabenträger** als Instrument zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung. Das ist – um es salopp auszudrücken – eine ganze Menge, was hier aus dem **spezifisch hoheitlichen Steuerungsarsenal**, das nur dem Staat und niemandem sonst als Inhaber des Rechtsetzungs- und Abgabenmonopols zur Verfügung steht.

Aber auch dieses Phänomen eines privaten Akteuren mit seinen Hoheitsbefugnissen beispringenden Staates ist durchaus nicht unbekannt und es gibt eine Reihe von Beispielen für eine hoheitliche Flankierung privater Selbstorganisation. Damit ist jetzt nicht die **regulierte Selbstregulierung** als erfolgreiches Steuerungsinstrument des Gewährleistungsstaates gemeint,

- vgl. dazu die Beiträge in „Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates“, Beiheft 4 der Zeitschrift „Die Verwaltung“, Berlin 2001

bei der eine in Aussicht gestellte oder als Rahmenregelung gedachte gesetzliche Regelung private Akteure zur Selbstregulierung animieren soll, sondern an eine **hoheitliche Hilfestellung** bei einer ansonsten privaten Selbstorganisation. Zwei Beispiele sollen hier zur Veranschaulichung herangezogen werden:

Das erste Beispiel ist der Einsatz hoheitlicher Regelungs- und Organisationsbefugnis bei der **kooperativen Bewältigung von Strukturkrisen**, etwa im Bereich des Bergbaus; zu den dabei eingesetzten Organisationsformen, die von der durch einen Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und 23 Bergbauunternehmen gegründeten Ruhrkohle-AG über die Errichtung eines Bundesbeauftragten für den Steinkohlenbergbau mit einem ihm zur Seite stehenden Kohlebeirat reicht, habe ich in meiner Habilitationsschrift

- vgl. dazu Gunnar Folke Schuppert, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, Göttingen 1981, S. 302ff.

folgendes berichtet:

- „Die am 23. November 1966 als GmbH errichtete Aktionsgemeinschaft Deutsche Steinkohlenreviere (ADS) mit dem Aufgabenbereich der Stilllegung von Steinkohlebergwerken und der Rücknahme der Förderung auf absetzbare Mengen ist ein Kind gemeinsamer Bemühungen von Staat und Wirtschaft. Die Initiative zu ihrer Gründung ging vom Präsidenten des Bundesverbandes der Deutschen Industrie (BDI) aus. Durch **flankierende gesetzliche Maßnahmen**

(§ 1 des Gesetzes über steuerliche Maßnahmen bei der Stilllegung von Steinkohlebergwerken, Stilllegungsgesetz, vom 11.04.1967, BGBl. I, S. 403) wurde die ADS von der Körperschaftssteuer, der Vermögenssteuer und der Gesellschaftssteuer befreit, außerdem die Totalabschreibung für Gesellschaftsanteile eingeführt [...]

Von Dücker (die Arbeitsgemeinschaft Deutsche Steinkohlenreviere GmbH. Grundzüge einer kooperativen Planung durch Staat und Wirtschaft, 1969) qualifiziert den Errichtungsvorgang der Aktionsgemeinschaft als vertragliche Beleihung und beschreibt den Vorteil dieses Vorgehens wie folgt:

»Die dominierenden Vorzüge der vertraglichen Beleihung liegen somit darin, die Eigeninitiative und aktive Mitarbeit des privaten zugunsten einer gemeinsamen Zielkonzeption von Staat und Wirtschaft so dynamisch und elastisch zu gestalten, wie es die gemeinsame Verantwortung für Stabilität und Wachstum der Wirtschaft erfordert.«

Das zweite, besonders einschlägige Beispiel ist das eines **gesetzlich flankierten Selbstbeschränkungsabkommens der Mineralölindustrie** auf dem Heizölmarkt. Angesichts der seit 1958 anhaltenden Absatz- und Anpassungsschwierigkeiten des Steinkohlebergbaus lag es nahe, den Hauptkonkurrenten, das Heizöl, bei der stetigen Ausweitung seines Marktanteils zu bremsen. Nachdem ein Kohle-Öl-Kartell an Außenseitern gescheitert war, die Einführung einer Heizölsteuer 1960 nicht verfangen hatte, suchte der Bundeswirtschaftsminister eine relative Verminderung des Heizölangebots durch eine Selbstbeschränkung der Mineralölunternehmen zu erreichen.

Die Bundesregierung verlieh ihrem Verlangen dadurch Nachdruck, daß sie androhte, die Mineralöleinfuhren gemäß §§ 3; 10 AWG zu kontingentieren. Im Ergebnis verpflichteten sich die Ölgesellschaften daraufhin, ihr Angebot an Heizöl jährlich nur um eine mit dem Bundeswirtschaftsministerium jeweils auszuhandelnde Zuwachsrate zu erhöhen. Die Bundesregierung sicherte dieses Abkommen durch zusätzliche Maßnahmen ab. Sie **erließ das Gesetz über Mindestvorräte an Erdölerzeugnissen, um sogenannte Newcomer vom Heizölmarkt fernzuhalten**, und ließ im Rahmen des

mittlerweile zusätzlich gemäß § 10 AWG eingeführten Genehmigungsverfahrens für Erdölimporte Anträge von Außenseitern verzögerlich behandeln.“

- Martin Oldiges, Staatlich inspirierte Selbstbeschränkungsabkommen der Privatwirtschaft, in: Wirtschaftsrecht 1973, S. 1ff.

Die gesetzliche **Auferlegung einer Erdölbevorratungspflicht** wurde hier also – übrigens mit Billigung des Bundesverfassungsgerichts –

- BVerfGE 30, 292 ff.

gezielt dazu eingesetzt, um eine Maßnahme privater Selbstorganisation funktionsfähig zu halten, indem den an das Selbstbeschränkungsabkommen nicht gebundenen potentiellen neuen Marktteilnehmern der Marktzutritt unattraktiv gemacht wurde, und zwar durch eine gesetzliche ökonomische Stabilisierungsstrategie.

Der hier zu beurteilende Fall zeigt hierzu insoweit gewisse Parallelen, als mit der Auferlegung einer von den Grundeigentümern zu leistenden hoheitlichen Abgabe das **Problem der Trittbrettfahrer** gelöst werden soll, das offenbar kaum zu überschätzen ist. In dem soeben erschienenen Buch von Jörg Bogumil und Lars Holtkamp über „Kommunalpolitik und Kommunalverwaltung“

- Eine policyorientierte Einführung, Wiesbaden 2006, S. 114ff.

heißt es unter der Überschrift „Stadtmarketing als Erscheinungsform kooperativer Demokratie“ zu den Schwierigkeiten von Stadtmarketinggemeinschaften wie folgt:

- „Fraglich ist allerdings, ob der Einzelhandel und die Werbegemeinschaften tatsächlich einen großen Beitrag bei der Politikimplementation leisten können, wie dies die Hauptintention dieser Verfahren ist. In den letzten Jahren haben Werbegemeinschaften erhebliche **Rekrutierungsprobleme** und können immer weniger kollektive Güter produzieren. Dies liegt einerseits an der gerade bei polypolistischer Konkurrenz ausgeprägten Kollektivgutproblematik und andererseits an der zunehmenden Filialisierung, d.h. dem geringeren örtlichen Bezug

des Handels. Mittlerweile sind höchstens noch 10 bis 30 Prozent der Einzelhändler in der Innenstadt in Werbegemeinschaften organisiert. Selbst in Großstädten wie Köln gelingt es **aufgrund der Trittbrettfahrerproblematik** teilweise nicht mehr, daß der Handel gemeinsam die Weihnachtsbeleuchtung installiert.“

Auch Jens Kersten hat die Trittbrettfahrer als zentrales Problem der Selbstorganisation von Quartiersverbesserungsgemeinschaften ausgemacht und führt dazu

– Manuskript, S. 1

folgendes aus:

– „Die Entwicklung großer Einzelhandelszentren, Factory Outlets und Shopping Malls auf der grünen Wiese trägt zur Verödung der Innenstädte bei – zu jener Mischung aus Filialisierung und Geschäftsleerstand, bei der vor allem der mittelständische Einzelhandel auf der Strecke bleibt. Die innerstädtischen Grundstückseigentümer und Gewerbetreibenden versuchen, mit freiwilligen privaten Initiativen dieser Entwicklung zu begegnen. Doch im Gegensatz zu privatrechtlich abgesicherten Shopping Malls stehen sie vor dem **Problem der Trittbrettfahrer**, die sich nicht freiwillig finanziell engagieren, aber dennoch in den Genuss der gemeinsamen Maßnahmen kommen (wollen). Dabei zeigt die Erfahrung, dass bei freiwilligen Initiativen zur Stadtentwicklung die individuell durchaus rationale Kostenvermeidungsstrategie von Trittbrettfahrern oft zu dem kollektiv irrationalen Ergebnis führt, dass die Initiativen gar nicht erst begonnen werden oder kurzfristig wieder auslaufen; das kollektive Engagement erlahmt, wenn passive Akteure davon profitieren.“

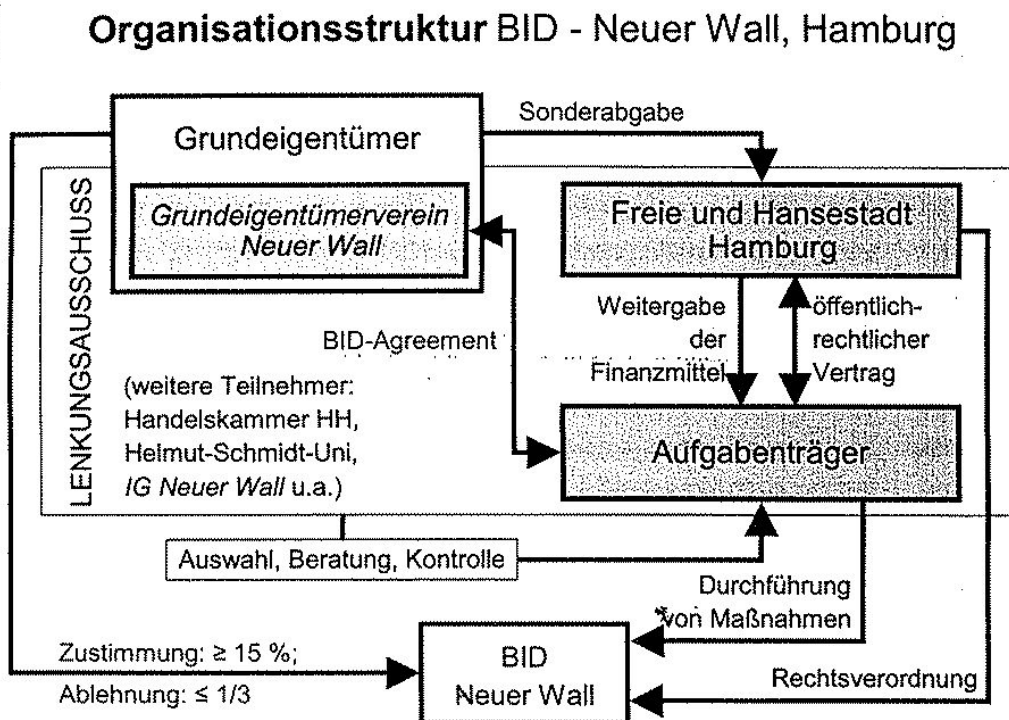
Nachdem die Technik der hoheitlichen Flankierung nunmehr vorgestellt worden ist, bleibt zu prüfen, ob es sich bei der Errichtung von City Improvement Districts wirklich um einen Anwendungsfall privater Selbstorganisation handelt.

2. Die Errichtung von City Improvement Districts als Anwendungsfall privater Selbstorganisation

Die bei der Einrichtung von City Improvement Districts zum Zuge kommende Governancetechnik als „staatliche Flankierung privater Selbstorganisation“ zu charakterisieren, ist nur dann zutreffend, wenn es sich **wirklich** um einen Akt der Selbstorganisation handelt, der zur „Geburt“ eines solchen Improvement Districts führt. Informationen dazu liegen bisher nur für die Business Improvement Districts vor, und hier vor allem zu dem besonders spektakulären „BID Neuer Wall“, über den vielfach berichtet worden ist. In einem Beitrag von Frank Friesecke über das Organisationsmodell von Business Improvement Districts (BIDs)

- Business Improvement Districts – ein neuer Ansatz zur Revitalisierung innerstädtischer Geschäftszentren, in: fub 2006, S. 56ff.

ist die **Organisationsstruktur** des „BID Neuer Wall“ wie folgt dargestellt (a.a.O., S. 61)



kursiv: stimmberechtigte Mitglieder des Lenkungsausschusses

und kommentiert worden:

- „Als zentrales Organ hat sich im Februar 2004 ein BID bestehend aus den (stimmberechtigten) Vorständen des Grundeigentümergevereins Neuer Wall und der Interessengemeinschaft Neuer Wall, (nicht stimmberechtigten) beratenden Vertretern der Stadt Hamburg und der Handelskammer Hamburg sowie weiteren Mitgliedern (z.B. Helmut-Schmidt-Universität Hamburg) gegründet. Die Aufgaben des Ausschusses liegen u.a. in der Bestimmung der Kernziele der BID-Initiative, der Entwicklung des Maßnahmen- und Finanzierungskonzeptes und in der Ermittlung, Beratung und Kontrolle des Aufgabenträgers, welcher nach seiner Bestimmung ebenfalls Mitglied im Ausschuss wird. Ein sog. BID-Agreement zwischen dem Grundeigentümergeverein und dem Aufgabenträger sorgt schließlich dafür, dass die im öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen der Stadt und dem Aufgabenträger ausgearbeiteten Regelungen zur Beteiligung des Lenkungsausschusses einzuhalten sind.“

In einer im Internet abrufbaren Darstellung

- hamburg.de, Behörde für Stadtentwicklung und Umwelt. Business Improvement Districts (Stand: 21.8.2006). Einführung des Modells BID in Hamburg

hat Sven Reichard von der Handelskammer Hamburg

- Standpunkte der Handelskammer, a.a.O., S. 38ff.

vorgeschlagen, bei der Gründung eines BID vier Phasen zu unterscheiden, nämlich

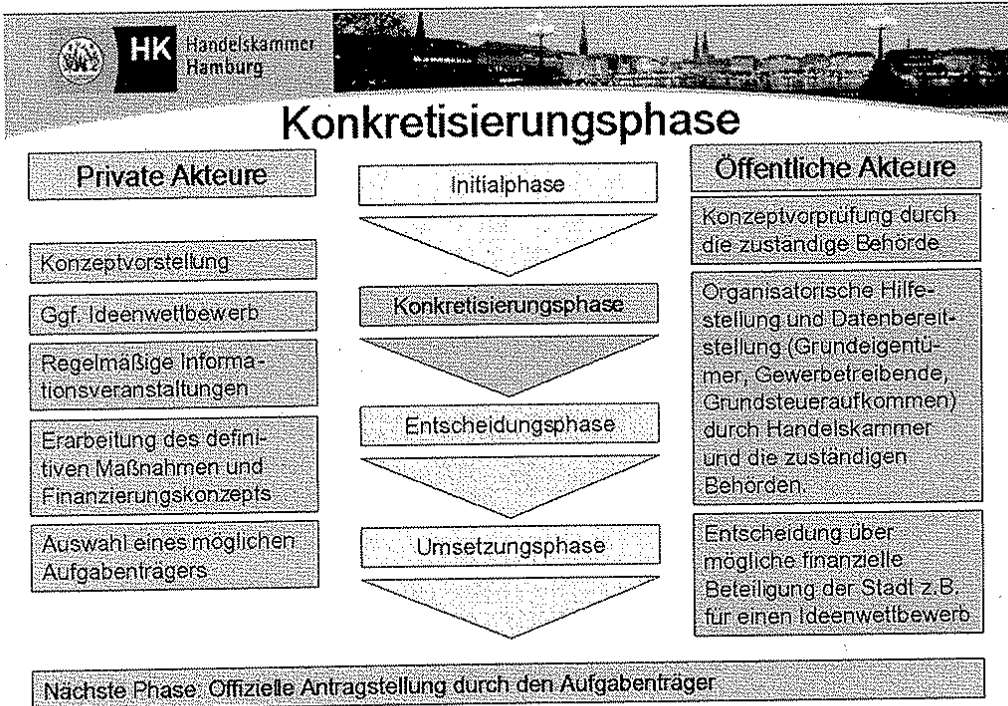
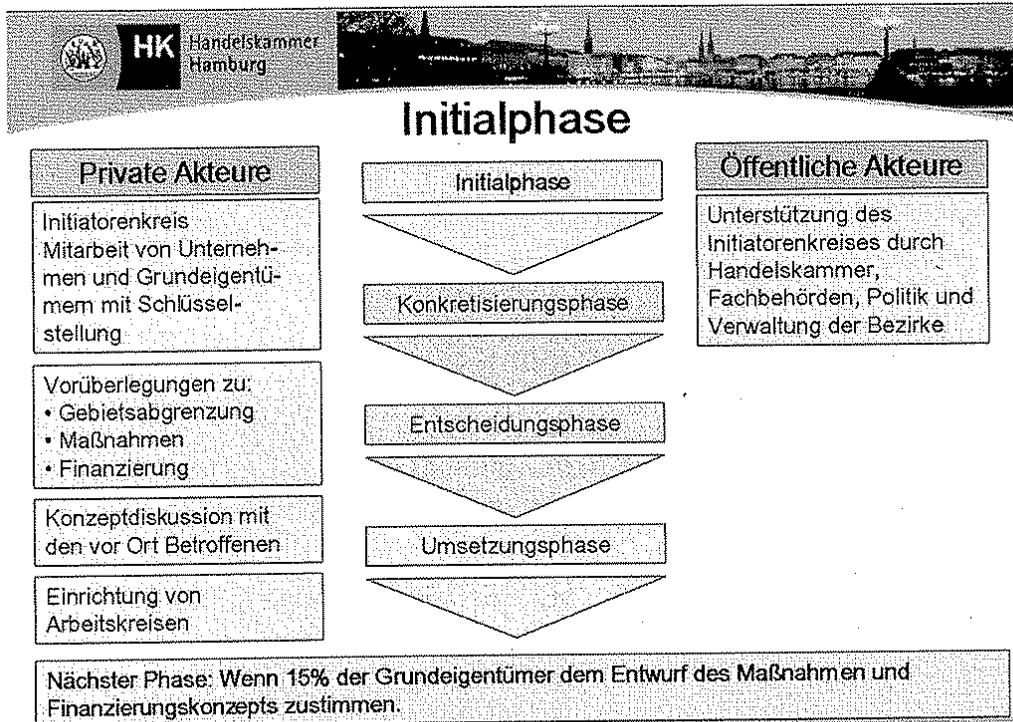
- die Initialphase,
- die Konkretisierungsphase,
- die Entscheidungsphase und
- die Umsetzungsphase.

Von Interesse sind hier natürlich vor allem die ersten beiden Phasen, in denen sich entscheidet, ob überhaupt eine BID-Initiative zustande kommt und die Frage, ob es

sich hierbei um einen Prozeß der Selbstorganisation handelt; Reichard hat in seinem Beitrag

– a.a.O., S. 40

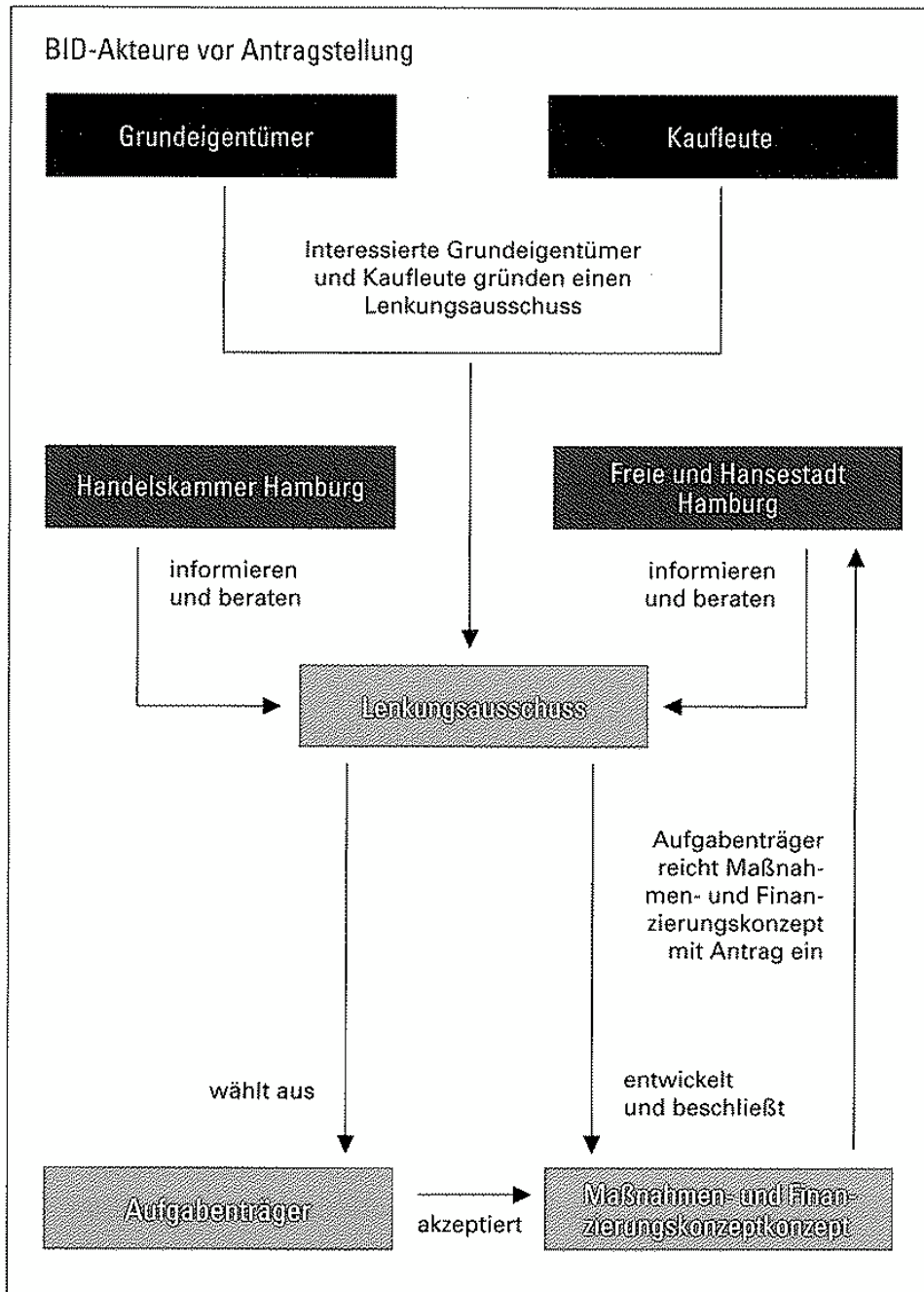
für die Initial- und die Konkretisierungsphase die folgenden Akteure identifiziert und die von ihnen wahrgenommenen Aktivitäten wie folgt skizziert:



Auch in den von der Behörde für Stadtentwicklung und Umwelt gemeinsam mit der Handelskammer Hamburg herausgegebenen „Ratgeber Business Improvement District (BID)“ von Mai 2006 findet sich in einem Beitrag von Fin Mohaupt von der Handelskammer Hamburg

- Steuerung der Vorbereitung und des laufenden BID durch einen Lenkungsausschuß, a.a.O., S. 16ff.

die folgende Darstellung der BID-Akteure vor Antragstellung:



V. Zusammenfassung

Wenn man die bisherigen Überlegungen zusammenfassen will, so kann man dies wie folgt tun:

Die Errichtung von City Improvement Districts kann wegen des dabei vorgesehenen Zusammenwirkens von staatlichen und nicht-staatlichen Akteuren als eine besondere Form von Public Private Partnership angesehen werden. Meines Erachtens ist es aber eher irreführend, das Organisationsmodell von City Improvement Districts unter diesen Begriff zu subsumieren, da es sich bei der Errichtung solcher Improvement Districts nicht um einen staatlicherseits initiierten Beschaffungsvorgang handelt, mit dem – wie es für PPPs typisch ist – privater Sachverstand und/oder Handlungskompetenz zur besseren Erfüllung öffentlicher Aufgaben „eingekauft“ oder sonstwie eingebunden wird. Vielmehr handelt es sich um eine besondere **Erscheinungsform von Urban Governance**, die in ihrer **Besonderheit** dadurch gekennzeichnet ist, daß sie als Anwendungsfall von **hybrider Governance** staatliche und nicht-staatliche Akteure, die je nach ihrer spezifischen Interessenlogik handeln, in einer besonderen Konstruktion zusammenführt. Die dabei wirksam werdende **Konstruktions- und Funktionslogik** kann **als staatliche** und zwar sowohl rechtliche wie auch mittelbar finanzielle **Flankierung privater Selbstorganisation** bezeichnet werden, um mit dieser **hoheitlichen Hilfestellung** von einer rein privaten Selbstorganisation nicht lösbaren Probleme – Trittbrettfahrer vor allem – bewältigbar zu machen. Eine solche klare Anordnung von City Improvement Districts führt – wie zu zeigen sein wird – zu ebenso klaren Ergebnissen im Bereich der abgabe- und vergaberechtlichen Problemstellungen.

C. Kompetenzmäßigkeit des Gesetzes zur Stärkung der Attraktivität von Wohnquartieren und Nachbarschaften

Das in einem ersten Entwurf vorliegende Gesetz zur Stärkung der Attraktivität von Wohnquartieren und Nachbarschaften müßte sich als hamburgisches Landesgesetz zunächst im Rahmen der Landesgesetzgebungskompetenz der Freien und Hansestadt Hamburg halten. Als Kompetenztitel kommt aus dem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung neben Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG – „das Recht der Wirtschaft“ – vor allem Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 – „das Bodenrecht“ – in Betracht. Beide Kompetenztitel sind durch die Föderalismusreform I nicht verändert worden und gehören auch nicht zu den in Art. 72 Abs. 3 GG aufgeführten Materien, bei denen eine Abweichungszuständigkeit der Länder besteht, da unter der dort erwähnten „Bodenverteilung“ nur die Veränderung der Eigentums- und Besitzverhältnisse an Grund und Boden zu verstehen ist, also das, was man traditionell als Bodenreform bezeichnet hat.

- Stefan Oeter, Die Änderungen im Bereich der Gesetzgebungskompetenzen, in: Christian Starck (Hrsg.), Föderalismusreform, München 2007, S. 28, RdNr. 49.

Es bleibt daher bei der auch im Gutachten von Hellermann und Hermes erörterten Frage, ob der Freien und Hansestadt Hamburg Regelungen zur Errichtung von City Improvement Districts verwehrt sind, weil der Bund mit dem Erlaß des Bundesbaugesetzes insoweit von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz abschließend Gebrauch gemacht hat, also damit eine **Sperrwirkung** zu Lasten der Länder eingetreten ist. Das Gutachten von Hellermann und Hermes hat diese Frage ausführlich erörtert und hat schließlich ein Kollision mit den Regelungen des Baugesetzbuches verneint, weil es sich bei der geplanten Errichtung von Business Improvement Districts

der Sache nach nicht um eine bodenrechtlich relevante Entwicklungsplanung, sondern um eine **Maßnahme lokaler Wirtschaftsförderung** handle.

- Gutachten a.a.O., S. 15.

Ob sich dies wirklich so verhält, braucht hier nicht erneut diskutiert zu werden, da sich die Rechtslage inzwischen verändert hat, und zwar durch den Erlaß des am 1.1.2007 in Kraft getretenen Gesetzes zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte,

- Überblick bei Ulrich Battis/Michael Krauzberger/Rolf-Peter Löhr, Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte („BauGB 2007“), in: NVwZ 2007, S. 121ff.

durch das in das Baugesetzbuch die Vorschrift des § 171f eingefügt worden ist,

- BGBl. 2006 I, 3316

der folgenden Wortlaut hat:

- § 171f Private Initiativen zur Stadtentwicklung, Landesrecht

Nach Maßgabe des Landesrechts können unbeschadet sonstiger Maßnahmen nach diesem Gesetzbuch Gebiete festgelegt werden, in denen in privater Verantwortung standortbezogene Maßnahmen durchgeführt werden, die auf der Grundlage eines mit den städtebaulichen Zielen der Gemeinde abgestimmten Konzepts der Stärkung oder Entwicklung von Bereichen der Innenstädte, Stadtteilzentren, Wohnquartiere und Gewerbezentren sowie von sonstigen für die städtebauliche Entwicklung bedeutsamen Bereichen dienen. Zur Finanzierung der Maßnahmen und gerechten Verteilung des damit verbundenen Aufwands können durch Landesrecht Regelungen getroffen werden.“

Im Beckschen Online-Kommentar zum Baugesetzbuch hat Jens Kersten

– § 171f, RdNr. 23-25

insgesamt **drei Regelungszwecke** der neuen Vorschrift ausgemacht, deren erster darin besteht, die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG für den Bereich von City Improvement Districts auszuschließen:

– „Der **erste Regelungszweck** des § 171f BauGB besteht darin, die Gesetzgebungskompetenz der Länder für die privaten Initiativen zur Stadtentwicklung sicherzustellen. § 171f BauGB stellt klar, daß der Bund im Hinblick auf private Initiativen zur Stadtentwicklung von seiner Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG für das Bodenrecht keinen abschließenden Gebrauch gemacht hat. Damit bleibt den Ländern die Möglichkeit, ihre gesetzlichen Regelungen der privaten Initiativen zur Stadtentwicklung nicht nur auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft), sondern auch auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG (Bodenrecht) zu stützen. Der **zweite Regelungszweck** des § 171f BauGB liegt in der, wenn auch nur rudimentären normativen Konturierung der privaten Initiative zur Stadtentwicklung als städtebauliches Steuerungsinstrument. Dabei kommt es § 171f S1 BauGB vor allem darauf an, dass das im Einzelfall von jeder privaten Initiative auszuarbeitende Entwicklungskonzept mit den städtebaulichen Zielen der jeweiligen Gemeinde abgestimmt wird. § 171f BauGB betont insofern die städtebauliche Perspektive, die vor allem auch wirtschaftlich indizierte BIDs berücksichtigen müssen. Eine rein ökonomische Ausrichtung von BIDs wird dem städtebaulichen Kontext dieser Innovationsbereiche nicht gerecht. Der **dritte Regelungszweck** des § 171f BauGB besteht in der **Abgrenzung** der privaten Initiativen zur Stadtentwicklung **zu anderen städtebaulichen Instrumenten**: Insofern stellt § 171f S1 BauGB ausdrücklich fest, dass private Initiativen zur Stadtentwicklung „unbeschadet“ sonstiger Maßnahmen nach dem BauGB möglich sind. Folglich sind einerseits die Länder durch andere städtebauliche Maßnahmen nach dem BauGB nicht gehindert, private Initiativen zur Stadtentwicklung zu regeln. Andererseits beeinträchtigt die Regelung von privaten Initiativen zur Stadtentwicklung nicht die Geltung und Anwendung der übrigen im BauGB geregelten städtebaulichen Maßnahmen.“

Besonders deutlich kommt die **die Regelungskompetenz der Länder stützende und klar stellende Funktion von § 171f** in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck, in der es dazu in der Form der Beschlußempfehlung und des Berichts des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vom 8.11.2006

– BT-Drucksache 16/3308, S. 23

mit großer Klarheit wie folgt heißt:

– „Die Änderung dient dem stadtentwicklungspolitischen Ziel der Stärkung privater Initiativen, wie z.B. Business Improvement Districts und Immobilien- und Standortgemeinschaften. Denn diese können einen Beitrag zur städtebaulichen Verbesserung von Stadtquartieren in funktionaler und gestalterischer Hinsicht leisten.

Bestehende und künftige landesrechtliche Regelungen zu entsprechenden Einrichtungen in privater Trägerschaft einschließlich ihrer Finanzierung **sollen damit kompetenzrechtlich flankiert werden**, um verschiedentlich geäußerten Bedenken im Hinblick auf eine im Grundsatz bodenrechtlich abschließende Regelung des Baugesetzbuchs zu begegnen. Die Landesgesetzgeber sahen sich aufgrund dieser Bedenken gehindert, die städtebauliche Bedeutung von Business Improvement Districts, Immobilien und Standortgemeinschaften und ähnlichen Einrichtungen zu berücksichtigen. Eine Reduktion der Gesetzgebung auf reine Wirtschaftsförderung würde aber mögliche städtebauliche Potentiale dieser privaten Initiativen unberücksichtigt lassen.

Vor diesem Hintergrund sieht die Ergänzung vor, das Verhältnis von Business Improvement Districts, Immobilien- und Standortgemeinschaften und ähnlichen Einrichtungen zu anderen städtebaulichen Maßnahmen, wie vor allem solchen des Besonderen Städtebaurechts, zu bestimmen. Dabei wird die gesetzliche Einführung und Ausgestaltung des neuen Instruments **dem Landesgesetzgeber vorbehalten**. Insgesamt enthält der Gesetzestext die begrifflichen Klärungen des Bereichs, dessen Regelung den Landesgesetzgebern überlassen ist.“

In der Gesetzesbegründung wird ferner klargestellt, daß der Gesetzgeber eine **weit gefaßte Gebietskulisse** vor Augen hat, also nicht nur die Business Improvement Districts, sondern auch Aufwertungsmaßnahmen in Wohnquartieren wie z.B. die Einrichtung von Kinderspielplätzen, aber auch nichtbauliche Maßnahmen wie die Schaffung von Angeboten für Jugendliche, die Organisation gemeinschaftlicher Hausmeisterdienste etc. (a.a.O., S. 23/24):

- „§ 171f Satz 1 – neu – BauGB sieht eine entsprechend weit gefaßte Gebietskulisse vor und beschreibt die Grundelemente von Business Improvement Districts, Immobilien- und Standortgemeinschaften und ähnliche Einrichtungen, nämlich die Festlegung von Gebieten, die konzeptionelle Vorbereitung einschließlich ihrer städtebaulichen Einbindung sowie die Durchführung standortbezogener Maßnahmen in privater Verantwortung.“

Die Gesetzesbegründung bleibt aber dabei nicht stehen, sondern listet - gewissermaßen als Serviceleistung – alles das auf, was vom jeweiligen Landesgesetzgeber insoweit alles geregelt werden könnte und sollte (a.a.O., S. 24):

- „Die Einzelheiten einer gesetzlichen Regelung bleiben nach der gesetzlichen Konzeption den Ländern vorbehalten. Diese betreffen z.B. Regelungen bezüglich der Ziele und Aufgaben, der Anforderungen an den Maßnahmenträger, des Verfahrens zur Festlegung der Gebiete einschließlich der Festlegung von Quoren für die Zustimmung der Beteiligten, der Dauer der Gebietsfestlegung, der Umsetzung der Kontrolle der Aufgabenerfüllung, und – wie in Satz 2 bestimmt - Regelungen zur Finanzierung der Maßnahmen und gerechten Verteilung des damit verbundenen Aufwands, **auch zur Abgabenerhebung.**“

Als **Prüfungsergebnis** ist festzuhalten, daß die Freie und Hansestadt Hamburg eindeutig über die erforderliche Gesetzgebungskompetenz für den Erlass eines Gesetzes zur Stärkung der Wohnquartier-Attraktivität verfügt, was die gesetzliche Einrichtung von City Improvement Districts angeht. Die abgabenrechtliche Regelungskompetenz wird im nächsten Abschnitt wegen des untrennbaren Zusammenhangs mit der Finanz-

verfassungsrechtlichen Qualifizierung der geplanten Abgabe im Zusammenhang erörtert.

D. Zulässigkeit der Abgabenerhebung

Da in § 7 des hier zu prüfenden Gesetzentwurfs einer Abgabe von den Eigentümern der im Improvement District belegenden Grundstücke vorgesehen ist, um den Vorteil auszugleichen, der durch die Einrichtung und die Maßnahme des Housing bzw. Neighbourhood Improvement Districts entsteht, ist zuallererst der **Charakter dieser Abgabe** zu ermitteln, da einer solchen **Qualifikationsentscheidung** eine **weichenstellende Funktion** zukommt; dabei wird in zwei Schritten vorgegangen.

I. Kein abschließender Kanon zulässiger Abgabetypen

In seinem Beitrag „Staatliche Einnahmen“ hat Paul Kirchhof

- in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, 1990, § 88 RdNr. 269

zu recht darauf hingewiesen, daß die Finanzverfassung des Grundgesetzes keinen abschließenden Kanon zulässiger Abgabetypen enthält, die Anforderungen an ihre Rechtfertigungsbedürftigkeit sich aber durchaus unterscheiden können:

- „Das Grundgesetz regelt die Typen zulässiger Abgabenerhebung nicht abschließend, sondern weist durch die Grundentscheidung für den steuerfinanzierten Staat alle sonstigen Abgaben als Rechtfertigungsbedürftige Belastungstatbestände aus. Die Steuerfinanzierung ist der Regelfall. Gebühren und Beiträge sind als Ausgleich individuell zurechenbaren öffentlichen Aufwands eine gerechtfertigte Besonderheit im Verfassungssystem der Abgaben. Die Sonderabgabe bleibt die seltene Ausnahme, gegen die eine widerlegbare Vermutung der verfassungs-

rechtlichen Bedenklichkeit spricht und die aus der Eigenart der Einzelabgabe gerechtfertigt werden muß. In diesen drei Abgabetypen sind jedoch die Möglichkeiten verfassungskonformer Abgabenerhebung nicht abschließend umgrenzt. Weitere Abgaben bleiben zulässig, wenn und soweit das Prinzip des steuerfinanzierten Staates nicht entgegensteht, die Grundrechte eine Zusatzbelastung neben den anderen Abgaben erlauben, die bundesstaatliche Ordnung der Gesetzgebungskompetenz, Ertragshoheit und Verwaltungszuständigkeit nicht verfremdet wird und die sonstige Einnahme sich in das Haushaltsverfassungsrecht einfügen läßt.“

Der Zweite Senat hat diese Auffassung bestätigt und in seinem Beschluß vom 7. November 1995

- BVerfGE 93, 319, 342

dazu folgendes ausgeführt:

- „Der Finanzverfassung liegt die Vorstellung zugrunde, daß die Finanzierung der staatlichen Aufgaben in Bund und Ländern einschließlich der Gemeinde in erster Linie aus dem Ertrag der in Art. 105ff. GG geregelten Einnahmequellen erfolgt (Prinzip des Steuerstaates...). Nicht-staatliche Abgaben verschiedener Art sind allerdings nicht ausgeschlossen; die Finanzverfassung des Grundgesetzes enthält keinen abschließenden Kanon zulässiger Abgabetypen.“

Innerhalb dieses breiten Spektrum prinzipiell möglicher Abgabenarten ist die **anzutreffende Vielfalt beträchtlich**, und zwar insbesondere im Bereich derjenigen Abgaben, die nicht Steuern, Gebühren oder Beiträge sind und häufig als nichtsteuerliche Abgaben oder Sonderabgaben bezeichnet werden.

- Hans D. Jarass, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, Köln 1999; Gernot Schiller, Sonderabgaben mit einer wirtschaftslenkenden Antriebs- und Sanktionsfunktion in der Wirtschafts- und Finanzverfassung des Grundgesetzes, München 2000.

Der Gutachter selbst hat schon vor einer Reihe von Jahren versucht, diese Vielfalt etwas zu systematisieren und dabei Typen von Sonderabgaben und Typen von Ertragsberechtigten einander gegenüberzustellen, weil auf diese Weise klar wird, welche Arten von Sonderabgaben man unterscheiden müsste, welche Aufgaben mit ihnen finanziert werden und wer sie einnimmt, verwaltet und ausgibt.

- Gunnar Folke Schuppert, Nichtsteuerliche Abgaben, intermediäre Finanzgewalten und Verwaltungsorganisation, in: Bernd Becker/Hans Peter Bull/Otfried Seewald (Hrsg.), Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 1993, S. 227ff.

Mit einer solchen Gegenüberstellungsmethode – Typen von Abgaben – Typen von Ertragsberechtigten – lassen sich in holzschnittartiger Weise die folgenden Abgabensarten unterscheiden (a.a.O., S. 229/230):

STEUERN	STAAT
Idealtypisch nach Trennsystem:	
Bundessteuern	Bundshaushalt
Landessteuern	Landshaushalt
Gemeindesteuern	Gemeindehaushalte
<i>Gebühren/Beiträge</i>	<p><i>Einrichtungen der Daseinsvorsorge betreiben Leistungsverwaltung</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • unselbständige Einrichtungen, Teile gebietskörperschaftlichen Haushalts • rechtlich verselbständigte Einrichtungen als Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts mit eigenen Haushalten <ul style="list-style-type: none"> • Rundfunkgebühren • Sozialversicherungs-, Parafiskibeiträge
<i>Verbandslasten</i>	<i>Selbstverwaltungskörperschaften</i> des öffentlichen Rechts i.d.R. parafiskalischen Charakters
<i>Sonderabgaben</i>	<i>Fonds, Ausgleichskassen, Anstalten</i> des öffentlichen Rechts (Fonds)
<i>Lenkungsabgaben</i>	
Schwerbehindertenabgabe	<p>Hauptfürsorgestellen</p> <p>40% Anteil an „Ausgleichsfonds für überregionale Maßnahmen zur Eingliederung Schwerbehinderter“</p> <p>Parafiskus</p>
<i>Förderungsabgaben</i>	
<i>eigennützige Förderungsabgaben</i>	Stabilisierungsfonds für Wein
Abgabe nach dem Weinwirtschaftsgesetz	Parafiskus
<i>Fremdnützige/gemeinnützige Förderungsabgaben</i>	
Filmabgabe nach dem Filmförderungsgesetz	<p>Filmförderungsanstalt</p> <p>Parafiskus</p>

<i>Ausgleichsabgaben</i>	
Ausgleichsabgabe nach § 12 des Milch- und Fettgesetzes	besondere Fonds in den Händen des Bundesernährungsministers; gesonderte Verwaltung, zweckgebundene Verausgabung Parafiskus
<hr/>	
<i>Staatliche Zuschüsse als institutionelle Förderung</i>	DFG, Max-Planck-Gesellschaft, Volkswagen-Stiftung Parafiskus
<hr/>	
<i>Freiwillige Spenden/freiwillige Mitgliedsbeiträge</i>	Vereine unterschiedlichen Öffentlichkeitsstatus i.d.R. <i>keine</i> Parafiski

Wenn man diese Vielfalt vor Augen hat und weiter mit der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts davon ausgeht, daß es keinen numerus clausus zulässiger Abgabenarten gibt, so ist jetzt in einem zweiten Schritt zu prüfen, welche Besonderheiten der hier zu beurteilenden Grundeigentümer-Abgabe ihr ein besonderes Gepräge geben, um sie dann einer der vorhandenen Abgabentypen relativ eindeutig zuordnen zu können. Wie jetzt gleich zu zeigen sein wird, ist das Ergebnis eindeutig.

II. Beitrag oder Sonderabgabe?

Daß es sich bei der umlageähnlichen Abgabe von Grundeigentümern als Begünstigten von Verbesserungen in City Improvement Districts nicht um eine Steuer handelt, ist in den Rechtsgutachten von Johannes Hellermann und Georg Hermes von August 2004 so ausführlich und überzeugend begründet worden,

– a.a.O., S. 15ff.

daß es an dieser Stelle einer wiederholenden Prüfung nicht bedarf; soweit ersichtlich, wird auch von niemandem die Steuerqualität einer solchen Abgabe behauptet. Es gilt daher nur noch, sich zwischen Beitrag und Sonderabgabe zu entscheiden.

1. Zum fehlenden Beitragscharakter

In dem genannten Gutachten von Hellermann/Hermes wird geltend gemacht

– a.a.O., S. 69

die besseren Gründe sprächen dafür, die in Business Improvement Districts geplante Abgabe als Beitrag einzustufen, und zwar mit der folgenden, sich nicht ganz sicher seienden Begründung:

– „Dem entscheidenden materiellrechtlichen Gehalt der Abgabe nach spricht vor allem die Parallele zu der von der Rechtsprechung als Beitrag anerkannten Verbandslast für diese Einordnung. **Zwar fehlt es hier an der körperschaftlichen bzw. mitgliedschaftlichen Struktur**; ansonsten aber bestehen klare Parallelen. In ähnlicher Weise wie öffentlich-rechtliche Zwangsverbände für ihre Mitglieder nimmt nämlich der abgabenfinanzierte Aufgabenträger im Innovationsbereich Aufgaben wahr, die einem **spezifischen Gruppeninteresse** Rechnung tragen und den Betroffenen einen möglichen Nutzen versprechen; hinsichtlich der Unmittelbarkeit und individuellen Zurechenbarkeit der auszugleichenden Vorteile steht der Innovationsbereich den öffentlich-rechtlichen Zwangskörperschaften und ihren Leistungen für die Mitglieder nicht nach. In der Entgegensetzung zur Körperschaft des öffentlichen Rechts, die selbst Hoheitsträger ist, könnte allerdings **fraglich erscheinen, ob die im Innovationsbereich erbrachten Leistungen**, insbesondere da ihre Ausführung durch den Aufgabenträger als Privaten erfolgt, **durch Beitrag auszugleichende staatliche Leistungen sind**. Wie sich insbesondere bei den Überlegungen zur rechtlichen Qualifikation der Stellung und Tätigkeit des Aufgabenträgers mit Blick auf das Demokratiegebot gezeigt hat, ist in dem Gesetzentwurf in der Tat ein neuartiges, private Selbstorganisation unter staatlicher Verantwortung organisierendes Modell von Public Private Partnership konzipiert worden, das sich der Einordnung in herkömmliche Unterscheidungen tendenziell widersetzt. Ungeachtet des privaten Rechtscharakters der Tätigkeit des Auftragnehmers ist jedoch auch deutlich

geworden, dass der Innovationsbereich sich hoheitlicher Errichtung verdankt und unter einer – wenn auch mit Rücksicht auf die intendierte private Initiative besonders ausgestalteten und beschränkten – staatlichen Verantwortung steht. Den im Innovationsbereich erbrachten Leistungen wird man danach den Charakter als staatliche, d.h. als nicht private Leistungen nicht absprechen können.“

Unseres Erachtens trägt die ins Feld geführte Parallele zu mit Zwangsmitgliedschaft versehenen öffentlich-rechtlichen Körperschaften als Einheiten der mittelbaren Staatsverwaltung nicht

– zur Konstruktionslogik von Körperschaften siehe Gunnar Folke Schuppert, Öffentlich-rechtliche Körperschaften, in: Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Bd. 6, 1980, S. 399ff.

und ist eher irreführend, wie sich aus der nachfolgenden Überlegung ergibt.

Wenn eine bestimmte Aufgabe von öffentlicher Bedeutung erledigt werden soll, gibt es dafür in aller Regel **mehrere denkbare Organisationsformen**, unter denen vom Aufgabenträger eine Auswahl getroffen werden muß. Diese Auswahl-situation wird im verwaltungswissenschaftlichen Sprachgebrauch in der Regel als „**Institutional Choice**“ bezeichnet,

– vgl. mit weiteren Nachweisen G. F. Schuppert, Institutional Choice im öffentlichen Sektor, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden 1996, S. 647ff.; Christoph Reichard, Institutionelle Wahlmöglichkeiten, in: Natschold u.a., Leistungstiefe im öffentlichen Sektor. Erfahrungen, Konzepte, Methoden, Berlin 1996, S. 101ff.

womit die Entscheidungssituation auf den Begriff gebracht werden soll, sich für eine **bestimmte Organisationsform der Aufgabenerledigung** – privat, staatlich, hybrid – entscheiden zu müssen. Eine solche Auswahlentscheidung war natürlich auch bei der Frage erforderlich, wie der „Hamburger Typ“ von Business Improvement Districts (BID) organisatorisch verfaßt sein sollte; über die möglichen **Organisationsalternativen** hatte sich Martin Wickel von der TU Hamburg-Harburg intensiv Gedanken ge-

macht und sie in seinem Beitrag „Rechtliche Anforderungen an die Errichtung von Business Improvement Districts“

- in: Einführung des Modells BID in Hamburg, a.a.O., S. 14ff.

wie folgt formuliert:

- „Bezüglich der Organisationsform des BID ist zunächst eine grundsätzliche Weichenstellung vorzunehmen. Es stellt sich die Frage, ob der BID öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert sein soll. Auf der öffentlich-rechtlichen Seite stehen im Wesentlichen zwei mögliche Organisationsformen zur Auswahl, einmal die öffentlich-rechtliche Körperschaft und zum anderen die Anstalt des öffentlichen Rechts. Auf der privatrechtlichen Seite gibt es eine Vielzahl möglicher Organisationsformen.

Die privatrechtliche Organisationsform, in Betracht kämen hier etwa der Verein oder eine Gesellschaftsform, scheint zunächst die natürliche Wahl zu sein, denn die Idee der Freiwilligkeit und privater Eigeninitiative stehen im Vordergrund. Sicherlich hätte eine private Organisationsform gerade in Zeiten, in denen die Leistungsfähigkeit des Staates in Frage gestellt wird, den Vorteil der größeren Staatsferne. Der zu ergründende Verein oder die zu gründende Gesellschaft würde nicht als Teil der öffentlichen Verwaltung auftreten. In mancherlei Hinsicht mag diese Organisationsform flexibler sein.“

Vieles spreche – so Wickel weiter – dafür, sich für eine öffentlich-rechtliche Organisationsform zu entscheiden (a.a.O., S. 15/16):

- Viele der genannten Aspekte ließen sich sowohl bei privatrechtlicher wie auch bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung realisieren. Ich kann beim derzeitigen Stand der Untersuchung auch noch nicht feststellen, dass es zwingende rechtliche Vorgaben für eine bestimmte Organisationsform gäbe. Einiges spricht dafür, dass dem nicht so ist. Die genannten Gegebenheiten lassen aber die Wahl einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform naheliegend erscheinen. Im öf-

fentlich-rechtlichen Bereich stehen, wie bereits erwähnt, zwei Organisationsformen zur Auswahl. Hierbei handelt es sich um die Anstalt des öffentlichen Rechts und um die Körperschaft des öffentlichen Rechts. Beide Organisationsformen gehören zum Bereich der so genannten mittelbaren Staatsverwaltung.

Der entscheidende Gesichtspunkt bei der Schaffung einer Anstalt ist der Gedanke der Dezentralisation. Die Erbringung einer Aufgabe wird aus der staatlichen Verwaltung zur Entlastung der Staatsverwaltung ausgegliedert. Dahingegen ist die tragende Idee bei der Errichtung einer Körperschaft neben der Dezentralisation die Selbstverwaltung. Die Körperschaft ist gekennzeichnet durch ihre Mitglieder, die eine sie betreffende Aufgabe zur Selbstverwaltung übertragen bekommen.

Gerade die Selbstverwaltung scheint mir bei den BIDs der Leitgedanke zu sein. Es geht um die Bewerkstelligung einer die Grundeigentümer/Gewerbetreibenden betreffende Aufgabe, die diese weitgehend in Eigenregie erfüllen wollen. Somit liegt es nahe, BIDs in der Form der Körperschaft des öffentlichen Rechts zu schaffen.“

Wie die vom hamburgischen Landesgesetzgeber gewählte Lösung zeigt, ist diese Ausgestaltungsoption der öffentlich-rechtlichen Körperschaft gerade nicht gewählt worden; es macht daher wenig Sinn, sie in Wege einer Qualifizierung der in Rede stehenden Abgabe als Beitrag gewissermaßen nachträglich wieder einzuführen. Vollkommen zu recht formuliert daher Jens Kersten

– a.a.O., S. 18/19

die folgende Beurteilung:

– „Doch diese Parallele (zur öffentlich-rechtlichen Körperschaft G.F.S.) trägt nach der hier vertretenen Auffassung im Ergebnis nicht. Sie **verstaatlicht letztlich die Governance-Struktur des BID**, die als intermediäres Netzwerk angelegt ist, zu einer Government-Struktur.“

Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten, daß es sich bei der Abgabe nach § 7 des Gesetzes mangels körperschaftlicher Struktur nicht um einen Beitrag handelt.

2. *Grundeigentümer-Abgabe als Sonderabgabe*

Eingangs des Gutachtens war herausgearbeitet worden, daß das Besondere an der Governancestruktur von City Improvement Districts die hoheitliche Flankierung privater Selbstorganisation ist. Es ist daher naheliegend, zu prüfen, wie in vergleichbaren Fällen eine von den hoheitlich flankierend privaten Begünstigten erhobene Abgabe von Rechtsprechung und Literatur qualifiziert worden ist. Drei Beispielfälle sollen hier herangezogen werden:

- Das erste Beispiel – und zwar für eine privatrechtliche Selbstorganisation mit staatlicher Hilfe – sind die beiden Stabilisierungsfonds für Eier und Geflügel,
 - Dazu Volkmar Götz/Wolfgang Winkler, Organisationsmodelle für die Agrarwirtschaft. Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen aus verfassungsrechtlicher, gemeinschaftsrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Sicht, Köln 1976

bei denen es sich um von Erzeugerbetrieben gegründete Gesellschaften mit beschränkter Haftung handelt, deren Aufgabe in der Verwaltung eines aus Beiträgen und Zuwendungen gebildeten Sondervermögens besteht. Beide Fonds sind als Erzeugergemeinschaften nach dem Marktstrukturgesetz anerkannt. Über den wirtschaftlichen Hintergrund dieser Fonds und ihre **Bezuschussung aus öffentlichen Mitteln** heißt es im Agrarbericht 1972 wie folgt:

- „Langfristig wird in der EWG durch die Ausdehnung der Junggeflügelmast, der Putenmast und der Suppenhennenschlachtungen die Geflügelfleischerzeugung stärker steigen als der Verbrauch, so daß die Erzeugerpreise für Geflügelfleisch auch weiterhin relativ niedrig sein werden. Diese Tendenz wird sich in einer Zehnergemeinschaft eher verschärfen als abschwächen.

Ein Marktgleichgewicht auf den Märkten für Eier und für Schlachtgeflügel ist nur durch **Selbsthilfemaßnahmen der Geflügelwirtschaft** in der Gemeinschaft zu erreichen. Die Gründung von Stabilisierungsfonds für Eier und für Mastgeflügel durch die deutsche Geflügelwirtschaft, unterstützt durch ein Starthilfedarlehen von 17 Millionen DM aus Bundesmitteln, kann als erster Schritt in dieser Richtung angesehen werden.“

- Das zweite Beispiel ist die Ausgleichsabgabe nach § 12 Abs. 3 des Milch- und Fettgesetzes, die Gegenstand einer bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung war.
 - BVerfGE 18, 315, 327f.

Karl-Heinrich Friauf

- Zur Zulässigkeit von außersteuerlichen Sonderabgaben, in: Der Bürger als Objekt der staatlichen Finanzpolitik. Festschrift für Willy Haubrichs zum 65. Geburtstag, 1977, S. 103ff.

kommentiert diese Ausgleichsabgabe und ihre Würdigung durch das BVerfG wie folgt (a.a.O., S. 109):

- „Nach § 12 Abs. 1-3 des Milch- und Fettgesetzes vom 10. Dezember 1952 (BGBl. I S. 811) hatten die zuständigen Landesbehörden im Rahmen der gesetzlich errichteten Marktordnung für Milch und Milcherzeugnisse durch Erhebung von Ausgleichsabgaben einerseits und Gewährung von Zuschüssen aus den aufgekommene Mitteln andererseits dafür zu sorgen, daß (1.) die Verwertung der Milch als Trinkmilch und als Werkmilch und (2.) die notwendige Versorgung der Trinkmilchmärkte trotz unterschiedlicher Entfernung der Molkereien vom Markt zu einer Annäherung der wirtschaftlichen Ergebnisse für Milcherzeuger und Molkereien führte.

Das BVerfG sieht die hier statuierte Abgabepflicht nicht als Steuer, sondern als – zulässige – Ausgleichsabgabe an, ... Dabei stellt es entscheidend auf die sachliche Abhängigkeit der Abgabepflicht von der Einführung der Marktordnung ab: Durch die Festsetzung von Einzugs- und Absatzgebieten und den besonderen Schutz der Trinkmilchmärkte würden zwangsläufig einzelne Betriebe begünstigt und andere benachteiligt. Deshalb liegt es nahe, ‚letzteren einen Ausgleich in Geld zu gewähren und die Mittel hierzu durch eine Abgabe der begünstigten Betriebe aufzubringen‘. Die Ausgleichsabgabe dient also nicht der Gewinnung von Mitteln für den allgemeinen Finanzbedarf des Staates. Sie wolle vielmehr innerhalb der in die Marktordnung einbezogenen und durch sie auf besondere Weise wirtschaftliche verbundenen betrieb einen ‚annäherungsweise Ausgleich der Erträge herbeizuführen‘. Es handele sich **‚gewissermaßen um eine erzwungene Selbsthilfe der Wirtschaft‘**. Der Staat erhebe die Abgabe nicht für sich. Er stellt sie deshalb auch nicht als Einnahme in seinen der geschlossenen Wirtschaftskreises erfolgreichen Zahlungen auf.“

- Das dritte Beispiel ist das des zentralen Fonds zur Absatzförderung der deutschen Land-, Forst- und Ernährungswirtschaft, der sich im wesentlichen aus Beiträgen finanziert, die von Betrieben der Land-, Forst und Ernährungswirtschaft erhoben werden. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen „Beitrag“ verfassungsrechtlich als Sonderabgabe qualifiziert

– BverfGE 82, 159, 178

und dazu folgendes ausgeführt:

– „Die Abgabe nach § 10 AbsfondsG ist verfassungsrechtlich eine Sonderabgabe. Sie wird der Agrarwirtschaft auferlegt, um einen Absatzfonds zur Förderung des Absatzes und der Verwertung von Agrarerzeugnissen zu finanzieren. Diese Sonderbelastung einer durch ihre wirtschaftliche Betätigung gekennzeichneten Gruppe für einen dieser Gruppe dienenden Finanzierungszweck unterscheidet sie von der Steuer. Sie wird nicht unabhängig von Staatsleistungen zur Finanzierung allgemeiner Staatsaufgaben, also nicht als Gemeinlast erhoben,

sondern begründet eine Finanzierungspflicht für eine den Abgabeschuldern nachstehende Finanzierungsaufgabe.

Die Abgabe nach dem Absatzfondsgesetz ist auch kein Beitrag. Sie erfüllt die hierfür erforderliche Voraussetzung, den Ausgleich eines staatlichen Aufwandes, nicht: der Abgabentatbestand schöpft keine staatlich gewährten Vorteile ab und überwälzt auch nicht dem Staat entstandene Kosten. **Belastungsgrund ist nicht eine der Agrarwirtschaft bevorzugt angebotene Staatsleistung, sondern die Absatzförderung im Wege staatlich organisierter Selbsthilfe.**“

Wenn man die drei Fälle noch einmal Revue passieren läßt, so liegt ihre **strukturelle Verwandtschaft** klar zu tage; es handelt sich in allen drei Fällen um Erscheinungsformen staatlich flankierter privater Selbstorganisation, wobei die staatliche Flankierung von der bloßen Bezuschussung über die Organisationshilfe bis zur rechtlich erzwungenen Selbsthilfe reicht. Der dazu „passende“ Abgabentyp ist der der Sonderabgabe und nicht der Beitrag, so daß nunmehr die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Grundeigentümerabgabe als Sonderabgabe zu prüfen sind.

3. *Zur Zulässigkeit der Sonderabgabe*

Auch Jens Kersten spricht sich für die Qualifizierung von in City Improvement Districts erhobenen Abgaben als Sonderabgabe aus

– a.a.O., S. 19

und ruft noch einmal die nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG zu beachtenden Zulässigkeitsvoraussetzungen in Erinnerung:

– „Gerade die Governance-Struktur des BIDs spricht deshalb für die Schleswig-Holsteinische Lösung, die die BID-Abgabe als Sonderabgabe einordnet. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann sich der Gesetzgeber der Sonderabgabe nur im Rahmen der Verfolgung eines Sachzwecks be-

dienen, der über die bloße Mittelbeschaffung hinausgeht. Der Gesetzgeber darf mit einer Sonderabgabe nur eine homogene Gruppe belegen, die in einer spezifischen Sachnähe zu dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck steht und der deshalb eine besondere Finanzierungsverantwortung zukommt. Das Abgabebefehlkommen muß darüber hinaus gruppennützig verwendet werden. Schließlich muß der Gesetzgeber im Interesse wirksamer parlamentarisch-demokratischer Legitimation und Kontrolle die erhobene Sonderabgabe periodisch überprüfen und haushaltsrechtlich dokumentieren.“

Zutreffend ist auch, wie Kersten die Zulässigkeit dieser Sonderabgabe begründet (a.a.O., S. 19):

– „Diese Voraussetzungen sind im Fall der BID-Abgabe erfüllt: Die BID-Abgabe geht über die allgemeine Mittelbeschaffung hinaus, da sie speziell der Standortentwicklung im BID dient. Sie wird auch von einer **homogenen Gruppe** erhoben, wenn Grundstückseigentümer und Gewerbetreibende mit ihr belegt werden. Denn Grundstückseigentümer und Gewerbetreibende sind durch ihr gemeinsames, gleichlaufendes Interesse an der Standortentwicklung zu einer homogenen Gruppe verbunden. ... Grundstückseigentümer und Gewerbetreibende besitzen auch eine **spezifische Sachnähe und Finanzierungsverantwortung**, da sie der Standortentwicklung näher als jede andere gesellschaftliche Gruppe oder die Allgemeinheit stehen. Die BID-Abgabe wird **gruppenspezifisch** für die Standortentwicklung im BID **verwendet**. Und schließlich wird die Legitimation der Abgabe periodisch durch die Landesparlamente überprüft, soweit die Geltung der BID-Gesetze – wie etwa in Hessen und Bremen – befristet ist.“

Zu folgen ist auch seiner grundrechtlichen Unbedenklichkeitserklärung (a.a.O., S. 20/21):

– „Die BID-Sonderabgabe ist zunächst **geeignet**, eine private Initiative der Grundeigentümer und Gewerbetreibenden zur Aufwertung ihres innerstädtischen Umfeldes finanziell kontinuierlich abzusichern. Sie ist **auch erforderlich**,

da kein milderes Mittel ersichtlich ist, wie dieser Abgabenzweck erreicht werden könnte. Die Erfahrung hat gezeigt, dass insbesondere freiwilligen Initiativen kein vergleichbarer Erfolg beschieden ist. Schließlich erweist sich die BID-Sonderabgabe auch als **angemessen**, da sie die Privatnützigkeit sowohl des Grundeigentums als auch der Gewerbebetriebe im BID respektiert. Insbesondere geht die Sonderabgabe auf die Initiative von Grundstückseigentümern und Gewerbetreibenden im BID zurück. Der Minderheitenschutz wird über das Widerspruchsrecht angemessen gewahrt. Über die Ausnahme- und Befreiungstatbestände ist sichergestellt, daß die Abgabe nur von denjenigen bezahlt wird, die auch von den Maßnahmen profitieren. Damit ist aber die BID-Sonderabgabe grundrechtlich unbedenklich.“

Dem ist außer Zustimmung nichts hinzuzufügen.

4. *Einzelheiten zur Abgabenerhebung*

a) *Maßstäbe der Abgabenerhebung*

Die Maßstäbe für die Erhebung von Sonderabgaben können, da es sich bei der Sonderabgabe neben der Steuer, der Gebühr und dem Beitrag um einen eigenständigen vierten Abgabentypus handelt,

- Gernot Schiller, Sonderabgaben mit einer wirtschaftslenkenden Antriebs- und Sanktionsfunktion in der Wirtschafts- und Finanzverfassung des Grundgesetzes, München 2000, S. 6ff.

nicht ohne weiteres aus gebührenrechtlichen Grundsätzen entnommen werden, sondern müssen aus der **spezifischen Funktion von Sonderabgaben** abgeleitet werden. Dieser methodische Ansatz liegt auch der Entscheidung des Zweiten Senats vom 17. Juli 2003 zur Altenpflege-Sonderabgabe zugrunde,

- BVerfGE 108, S. 186ff. – Altenpflege

in der die Grenzen und Maßstäbe dieser Sonderabgaben aus Überlegungen zu **zwei Tatbestandsmerkmalen zulässiger Sonderabgaben** gewonnen werden, nämlich dem Merkmal der Gruppenhomogenität und dem der notwendig gruppennützigen Verwendung.

Was zunächst das Merkmal der **Gruppenhomogenität** angeht, so hatte das Gericht zu prüfen, ob es verfassungsrechtlich bedenklich ist, wenn die Altenpflegeabgabe nicht nur von stationären Pflegeheimen erhoben wird, die in der Regel viele Altenpfleger beschäftigen, sondern auch von ambulanten Pflegeeinrichtungen, die deutlich weniger und teilweise überhaupt keine Altenpfleger haben; das Gericht hat diese Frage mit den folgenden Überlegungen verneint (a.a.O.; S. 225/226):

– „In den Kreis der Abgabepflichtigen durften danach nicht nur die Heime und die stationären Pflegeeinrichtungen einbezogen werden, sondern, wie dies in den Ländern Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Niedersachsen geschehen ist, auch die ambulanten Pflegeeinrichtungen, die die Pflegebedürftigen in deren Wohnung pflegen und hauswirtschaftlich versorgen, beschäftigen in der Regel ebenfalls Altenpfleger, wenn auch im Vergleich mit den stationären Einrichtungen, mit einem geringeren Anteil im Verhältnis zu den beschäftigten Krankenpflegern. ... Solche Unterschiede, die sich gerade auch als Folge eines verbesserten Angebots an Fachkräften in der Altenpflege ändern können, stehen der Feststellung nicht entgegen, dass auch von **einem objektiven Interesse der ambulanten Pflegeeinrichtungen an ausreichendem Nachwuchs bei den Altenpflegekräften auszugehen ist**. Drauf, ob in Einzelfällen ambulante Einrichtungen auch ganz ohne Altenpfleger betrieben werden, kommt es für die Würdigung der gesetzlichen Tatbestände nicht an. Wie der Senat bereits in seiner Entscheidung zum Absatzfondsgesetz (BVerfGE 82, 159 [185f.]) betont hat, muss der Gesetzgeber auch im Zusammenhang mit der Auferlegung von Sonderabgaben seine **Tatbestände nach sozialtypischem Befund bilden**, den typischen Fall erfassen und dadurch das Konkrete unter Vernachlässigung individueller Unterschiedlichkeiten **verallgemeinern**.“

Was das Tatbestandsmerkmal der **gruppennützigen Verwendung** angeht, so hat der Zweite Senat in seiner genannten Entscheidung klargestellt, daß es nicht erforderlich ist, daß das Abgabenaufkommen im Interesse jedes einzelnen Abgabenschuldners verwendet werden muß, sondern daß es genügt, wenn die **Gesamtgruppe davon profitiert** (a.a.O., S. 229/230):

- „Für eine gruppennützige Verwendung der Abgabe reicht es aus, daß das Aufkommen unmittelbar oder mittelbar überwiegend im Interesse der Abgabepflichtigen verwendet wird. Unschädlich ist, wenn daneben auch andere Gruppen die Allgemeinheit gewisse Vorteile aus der Abgabenverwendung haben. ...

Entgegen der in den Vorlagen des Verwaltungsgerichts Koblenz vertretenen Auffassung liegt eine gruppennützige Verwendung des Aufkommens der Altenpflegeumlage auch in solchen atypischen Einzelfällen vor, in denen umlagepflichtige ambulante Pflegeeinrichtungen nicht auf qualifiziert ausgebildete Altenpfleger zurückgreifen, weil sie keine Altenpflegekräfte beschäftigen. **Gruppennützige Verwendung besagt nicht, dass das Aufkommen im spezifischen Interesse jedes einzelnen Abgabepflichtigen zu verwenden ist; es genügt, wenn es, wie hier, überwiegend im Interesse der Gesamtgruppe verwendet wird** (BVerfGE 55, 274 [307f.]; 82, 159 [1819]).“

Zu beachten ist ferner, daß der abgabenerhebende Gesetzgeber nach ständiger Rechtsprechung einen **typisierenden Gestaltungsspielraum** hat; in der Altenpflege-Entscheidung heißt es dazu wie folgt (a.a.O., S. 233/234):

- „Auch die gesetzliche Auswahl und Abgrenzung der Schuldner der Altenpflegeumlagen verletzt Art. 3 Abs. 1 GG nicht. Die Auswahl der Schuldner in den genannten Normen wurde vielmehr im Rahmen des **Gestaltungsspielraums des jeweiligen Gesetzgebers** sachgerecht getroffen. Wie zum Merkmal der Gruppenhomogenität bereits gezeigt, sind die in Anspruch genommenen ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen und Heime für alte Menschen Einrichtungen, in denen alte Menschen gepflegt und betreut werden und die **regelmäßig** auch ausgebildete Altenpflegefachkräfte beschäftigen. Sie haben daher

regelmäßig das gemeinsame Interesse an einer qualifizierten Ausbildung einer hinreichenden Zahl von Altenpflegekräften, weshalb es sachgerecht ist, sie in den Kreis der Schuldner der Altenpflegeumlage einzubeziehen.“

Legt man diese verfassungsgerichtlichen Vorgaben zugrunde, ist gegen die in § 7 des Entwurfs vorgenommene Auswahl der Abgabenschuldner – Grundstückseigentümer der in HID/NID belegenden Grundstücke – sowie gegen die Anknüpfung an den Einheitswert des Grundstückes verfassungsrechtlich nicht zu erinnern. Die Grundstückseigentümer bilden eine homogene Gruppe, profitieren insgesamt von der Aufwertung des Quartiers und können darüber hinaus in aller Regel die von ihnen entrichtete Abgabe an die Mieter und Pächter weiterreichen; zutreffend heißt es zu diesem letzten Punkt bei Jens Kersten

– Beckscher Kommentar zum Baugesetzbuch, RdNr. 105

wie folgt:

– „Verfassungsrechtlich wird kritisiert, daß die mit der Abgabe finanzierten Maßnahmen den Handel- und Gewerbetreibenden zugute kommen sollen, die Abgabe sich jedoch an die Grundstückseigentümer richte. Diese Kritik verdient jedoch keine Zustimmung. Das Äquivalenzprinzip bei der Erhebung eines Beitrags ist nicht verletzt. Den Anknüpfungspunkt für den Beitrag bildet die über das Eigentum an dem Grundstück vermittelte Möglichkeit, aus den Maßnahmen des Innovationsbereichs Nutzen zu ziehen. In Abgrenzung zur Allgemeinheit kann der Eigentümer sein Grundstück entweder unmittelbar selbst für Einzelhandels- und Dienstleistungszwecke nutzen oder als Vermieter bzw. Verpächter an diesem Nutzen partizipieren.“

b) *Überwälzbarkeit der Abgabe an die Mieter als Betriebskosten?*

Es dürfte unstrittig sein, daß nach erfolgreichen Verbesserungen der Attraktivität des jeweiligen Wohnquartiers die in dem Quartier zu bezahlenden Mieten steigen können, die Kosten der Sonderabgabe also insoweit auf die Mieter abgewälzt werden können.

Dies kann zum einen dadurch geschehen, daß die Miete bei einem Mieterwechsel und Neuabschluß des Mietvertrages erhöht wird, zum anderen dadurch, daß nach einer Veränderung der ortsüblichen Vergleichsmieten auch der Mietzins in den laufenden Mietverhältnissen angepaßt wird. Davon zu unterscheiden ist aber die Frage, ob sich die Abgabe als **Teil der Betriebskosten** sofort auf die Mieter umlegen läßt. Diese Frage ist eindeutig zu verneinen.

Zunächst einmal handelt es sich bei näherem Hinsehen nicht um eine „öffentliche Last“ des Grundstücks im Sinne von § 2 Nr. 1 der Betriebskostenverordnung vom 25.11.2003. Denn hiermit sind **grundstücksbezogene steuerliche Lasten** gemeint; im Anwaltkommentar zum Wohnraummietrecht

- Siegbert Lammel, Wohnraummietrecht, Kommentar, 1. Auflage 2006, § 556, Rdnr. 38

heißt es zum Begriff der laufenden öffentlichen Lasten des Grundstücks wie folgt:

- „Bei den laufenden öffentlichen Lasten des Grundstücks handelt es sich um Leistungen, die durch den jeweiligen Eigentümer aus dem Grundstück zu erbringen sind. Darunter fallen vor allem die Grundsteuer, **aber auch sonstige grundstücksbezogene Abgaben wie Zweitwohnungssteuer, Realkirchensteuer, Deichabgaben**. Nicht dazu gehören persönliche Abgaben, mögen sie auch ihren Grund im Eigentum am Mietobjekt haben wie Vermögenssteuer, Einkommenssteuer, Hypothekengewinnabgabe, aber auch die Gewerbesteuer.“

Wirft man einen näheren Blick auf die Rechtsprechung, so wird vielmehr eine für die hier zu beantwortende Fragestellung relevante Unterscheidung gemacht zwischen solchen Abgaben, die als steuerähnliche über die Betriebskosten abwälzbar sind und solchen, die als tendenziell wertsteigernd allenfalls die Vergleichsmiete weitergegeben werden können. Im Urteil des AG Greiz vom 13.7.1998

- in: Wohnungswirtschaft und Mietrecht 2/1999, S. 133

heißt es zur Umlage kommunaler Straßenausbaubeiträge wie folgt:

– „Die Klägerin kann die Straßenausbaubeiträge nicht als Betriebskosten als Bestandteil des Mietzinses auf die Beklagten umlegen (§ 535 Satz 2 BGB). Laut der Satzung der Stadt Zeulenroda v. 21.12.1994 erhebt diese gegenüber Grundstückseigentümern wiederkehrende Beiträge für Investitionsaufwendungen zur Erweiterung, Verbesserung und Erneuerung von Fahrbahnen, Gehwegen usw. (Straßenausbaubeiträge). Die Klägerin kann als Vermieterin diese Beiträge nicht von den Beklagten als Mieter anteilmäßig erstattet verlangen.

Die Straßenausbaubeiträge sind laufenden öffentlichen Lasten des Grundstücks (z.B. Grundsteuer) nach Anlage 3 zu § 27 der II. BV **nicht gleichzustellen**. Gemeint sind hiermit insbesondere Einnahmen der Gemeinde, die auch zur Unterhaltung von Straße usw. Verwendung finden können. Hingegen sollen mit den Straßenausbaubeiträgen Erweiterungen, Verbesserungen und Erneuerungen von Straße usw. erfolgen. Die Zielrichtung der beabsichtigten Verwendung dieser Einnahmen ist somit eine ganz andere, unabhängig davon, ob der jeweilige Grundstückseigentümer tatsächlich in den Genuß kommt, daß entsprechende Bauarbeiten zum Beispiel an der Straße, welche an seinem Grundstück verläuft, tatsächlich durchgeführt werden. Damit würde sich dann die Qualität der zu vermietenden Wohnungen auf diesem Grundstück erhöhen, was wiederum in den zu zahlenden Mieten seinen Niederschlag finden kann.“

Darüber hinaus handelt es sich nicht um „**laufende**“ öffentliche Lasten im Sinne von § 2 Nr. 1 der Betriebskostenverordnung. Im Standardkommentar zu den Mietnebenkosten

– Michael J. Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 9. Auflage 2005

heißt es dazu klar und deutlich wie folgt:

– „Betriebskosten sind nur solche Kosten, die laufend entstehen. Wann eine laufende Entstehung angenommen werden kann, ist nicht unstrittig ... Voraussetzung ist jedenfalls **eine gewisse Regelmäßigkeit der Entstehung der jeweiligen Kosten**. Kosten einer nur einmaligen Maßnahme sind nicht als Betriebskosten umlagefähig ... Der BGH stellt darauf ab, ob die Maßnahme **in regel-**

mäßigen Abständen durchgeführt werden muss oder ob eine einmalige Maßnahme aus einem bestimmten Anlass vorliegt.“

An einer solchen „gewissen Regelmäßigkeit der Entstehung“ der Sonderabgabe fehlt es hier; vereinbarte Zahlungsmodalitäten wie Stundung oder Ratenzahlung ändern hieran nichts.

Auch der Weg, die Kosten der Abgabe als „sonstige Betriebskosten“ im Sinne von § 2 Nr. 17 auf die Mieter umzulegen, ist nicht gangbar. Denn es geht hier

– Anwaltkommentar a.a.O., Rdnr. 107

nur um „Kostenarten, die sich aufgrund einer technischen oder wirtschaftlichen Weiterentwicklung beim Betrieb eines Wohngebäudes notwendigerweise ergeben und die **inhaltlich den Katalogkostenarten vergleichbar sind**“. Daran fehlt es hier.

c) *Mittelverwendung*

Zunächst einmal ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Freie und Hansestadt Hamburg für den Aufwand der Aufgabenerhebung und -verwaltung einen Pauschalbetrag einbehält; in der Entscheidung zur Altenpflege-Abgabe

– a.a.O., S. 230

heißt es dazu klarstellend wie folgt:

– „Eine gruppennützige Verwendung liegt auch insoweit vor, als ein Teil des Abgabenaufkommens für die Verwaltungskosten der Erhebung der Umlage verwendet wird. Die Verwaltungskosten der Erhebung der Altenpflegeumlage stehen als Annex mit der Abgabe in einer funktionalen Beziehung. Die Altenpflegeumlagen werden im Interesse der Gesamtgruppe der Pflegeeinrichtungen und Heime für alte Menschen erhoben. Es ist den Ländern daher nicht verwehrt, sich die Kosten der verwaltungsmäßigen Durchführung des Umlageverfahrens von dieser Gesamtgruppe entgelten zu lassen.“

Was die Erzielung eines Gewinns durch den Aufgabenträger angeht, so ist dies – etwa von Eberhard Bartholomäe –

- „Business Improvement Districts, hessisch INGE. Wird so unser Dorf schöner?, in: BauR 11/2006, S. 1838, 1843

kritisiert worden:

- „Der zu verteilende Gesamtaufwand besteht nicht einfach aus der Summe der im Maßnahmen- und Finanzierungskonzept aufgeführten Kostenstellen. Aufgeschlagen wird noch ein „angemessener“ Gewinn für den Aufgabenträger. **Was ist angemessen?** Die Gewinnspanne des Einzelhandels? Die Rendite von Sparbriefen? Hier wird besonders deutlich, daß die Gemeinde mit Mitteln des Verwaltungszwangs private Kosten erhebt. Ein nicht zu lösendes Rechtsproblem.“

In der Tat ist die Angemessenheit des Gewinns das eigentliche Problem. Gegen einen Gewinn überhaupt wird man bei verständiger Würdigung nichts einwenden können, fungiert dieser doch als ökonomischer Anreiz, ohne den das gesetzgeberische Modell privater Selbstorganisation möglicherweise oder wahrscheinlich nicht funktionieren würde. Ist die Angemessenheit aber das Problem, so gilt es zu überlegen, wie man diesen typischen unbestimmten Rechtsbegriff konkretisieren könnte.

Eine inhaltliche, gar auf Heller und Pfennig berechenbare Konkretisierung ist – darin ist Bartholomäe zuzustimmen – aus der Natur der Sache nicht möglich. Ist aber eine inhaltliche Konkretisierung schwierig oder gar unmöglich, so liegt es – wie man aus anderen beispielen des Umgangs mit Beurteilungsspielräumen weiß

- vgl. BVerfGE 83, 130 – Josephine Mutzenbacher zum Begriff „Jugendgefährdung“

nahe, eine **verfahrensrechtliche Lösung** zu suchen. Diese hat hier zwei Anknüpfungspunkte: einmal kann über die Höhe des Gewinns im Zusammenhang mit dem Maßnahmen- und Finanzierungskonzept **verhandelt werden**, zum anderen haben die

Abgabepflichtigen die Möglichkeit, dem Antrag des Aufgabenträgers zu widersprechen oder ihm die Unterstützung zu entziehen.

- so zutreffend Kersten, Online-Kommentar Baugesetzbuch, RdNr. 104b.

E. Die Errichtung von Housing/Neighbourhood Improvement Districts – ein nach geltendem Vergaberecht ausschreibungspflichtiger Vorgang?

Ob die Errichtung von Housing Improvement Districts ein ausschreibungspflichtiger Vorgang ist, hängt entscheidend davon ab, wie diese Konstruktion von City Improvements District eigentlich rechtlich und verwaltungswissenschaftlich zu verstehen ist. Handelt es sich hierbei primär eine Erscheinungsform von Public Private Partnership, die durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet wird, ist schwer zu sehen, wie man die vergaberechtliche Verpflichtung der Ausschreibung verneinen könnte. Ist hingegen die Einrichtung von City Improvement Districts bei näherem Hinsehen eine eigengeartete Form von Urban Governance, die als hoheitliche Flankierung privater Selbstorganisation zu qualifizieren ist, so ist das Vergaberecht nicht die richtige Problemlösungs-Brille. Ferner wird man sich hier zu entscheiden haben, ob man bei Betrachtung der Rechtsvorgänge, die zu einer Errichtung von City Improvement Districts führen, eher eine formal-rechtliche oder eine funktionale Betrachtungsweise zugrundelegen will.

I. Ausschreibungspflichtigkeit wegen PPP-Charakters?

Wenn man – und deswegen ist die begriffliche Einordnung von BIDs, HIDs bzw. NIDs von schlechthin weichenstellender Bedeutung – City Improvement Districts als eine Erscheinungsform von Public Private Partnership (PPP) ansieht, wird man den Anwendungsbereich des Vergaberechts als eröffnet ansehen müssen; daran dürfte auch bei „gebotener ganzheitlicher Betrachtungsweise“

– so Hellermann/Hermes, a.a.O., S. 100

nichts zu ändern sein.

Denn es darf inzwischen als „ausgepaukt“ gelten, daß weder der Charakter einer Public Private Partnership,

- Wolfgang Jaeger, Public Private Partnership, in: NZBau 2001, S. 6ff.; Meinhard Dreher, Public Private Partnership und Kartellvergaberecht, in: NZBau 2002, S. 245ff.

noch der Charakter eines öffentlich-rechtlichen Vertrages

- Stefan Althaus, öffentlich-rechtliche Verträge als öffentliche Aufträge gemäß § 99 GWB, in: NZBau 2000, S. 277ff.; Martin Schulte, Ausnahmen vom neuen Vergaberecht durch öffentlich-rechtliche Verträge? – Eine Darstellung am Beispiel des Rettungswesens, in: NZBau 2000, S. 272ff.

und auch nicht der Charakter von „In-State-Geschäften“

- vgl. dazu Stefan Storr, Public-Private-Partnerships – Kommunale Kooperationen und Vergaberecht, in: LKV 2005, S. 521; Jan Ziekow/Thorsten Siege, Die Vergaberechtpflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand – Neuere Entwicklungstendenzen im Bereich der In-House-Geschäfte und der In-State-Geschäfte, in: Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht 2005, S. 145ff.; dieselben, Public Public Partnerships und Vergaberecht. Vergaberechtliche Sonderbehandlung der „In-State-Geschäfte?“, in: Verwaltungsarchiv 2005, S. 119-137.

letztlich etwas daran ändert, daß das Vergaberecht Anwendung findet, wenn es sich bei **funktionaler Betrachtungsweise**

- vgl. dazu Bungenberg, § 99 RdNr. 2ff., in: U. Loewenheim/K.M. Meessen/A. Riesenkampff, Kartellrecht, Bd. 2: GWB, Kommentar, München 2006; K. Eschenbruch, § 99 RdNr. 12ff., in: Kulartz/Kus/Portz (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, Werner Verlag 2006.

der Sache nach um einen **Beschaffungsvorgang** handelt. Gerade dies ist aber bei der nach der Rechtsprechung des EuGH gebotenen funktionalen Betrachtungsweise, die gerade nicht an die in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlichen Rechtskonstruktionen anknüpft,

- Urteil des Gerichtshofes (Erste Kammer) vom 11. Januar 2005 in der Rechtsache C-26/03-Stadt Halle; Urteil des Gerichtshofes (Erste Kammer) in der Rechtssache C458/03-Parking Brixon GmbH

eindeutig nicht der Fall. Bevor dies näher begründet wird, ist schon an dieser Stelle auf eine Unstimmigkeit hinzuweisen, die als Indiz dafür gewertet werden kann, daß das Vergaberecht hier einfach nicht paßt.

Nach dem hier zu beurteilenden Gesetzentwurf – und auch dem schon in Geltung befindlichen BID-Gesetz – verhält es sich so, daß ein City Improvement District nur zustande kommt, wenn sich überhaupt unter den Gewerbetreibenden und Grundeigentümern eines Stadtteils eine entsprechende Initiative bildet und innerhalb des in Rede stehenden Stadtteils eine hinreichende Unterstützung findet. Ist das nicht der Fall und wird von der gesetzlich angebotenen Flankierung einer Selbstorganisation kein Gebrauch gemacht, läuft die Gesetzgeberische Unterstützungsabsicht ins Leere. Dies bedeutet, daß ein Vergabeverfahren erst dann auf den Weg gebracht werden könnte, wenn ein potentieller Aufgabenträger sich als Antragsteller meldet und damit möglicherweise andere potentielle Vorhabenträger als Mitbewerber auf den Plan ruft. Die der Einrichtung von City Improvement Districts zugrundeliegende Funktionslogik ist aber eine gänzlich andere: auf der kleinräumigen lokalen Ebene des Stadtteils wird sich weisen müssen, ob ein Vorhabenträger die erforderliche Unterstützung findet und sich im Prozeß der lokalen Diskussion, also in der lokalen Arena, als geeigneter Aufgabenträger – also schon vor der Antragstellung – durchzusetzen vermag; es wäre daher – um miteinander konkurrierende Antragsteller zu vermeiden – rätlich, das erforderliche Zustimmungsquorum über den jetzigen Wert von 15% heraufzusetzen.

II. Funktionale versus formal-rechtliche Betrachtungsweise

Wenn – was unmittelbar einleuchtet und durch die Rechtssprechung des EuGH weitgehend vorgegeben ist – im Vergaberecht eine funktionale Betrachtungsweise geboten ist, um eine „Flucht aus dem Vergaberecht“ zu verhindern, so muß diese funktionale Betrachtungsweise nicht nur in favorem Vergaberecht gelten, sondern auch in umgekehrter Richtung, d.h. wenn ein formal-rechtlich sich als Beschaffungsgeschäft deutbarer Vorgang bei Anlegung eines funktionalen Maßstabes sich in Wirklichkeit als nicht dem Regime des Vergaberechts unterfallend herausstellt. So verhält es sich nämlich hier, und zwar aus den folgenden Gründen:

Für die Anwendung des Vergaberechts scheint zunächst zu sprechen, daß zwischen dem Aufgabenträger und der Freien und Hansestadt Hamburg ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zustande kommt und dieser auch der Rechtsgrund für die von der Hansestadt Hamburg an den Aufgabenträger zu leistenden Zahlungen zu sein scheint. Bei näherem Hinsehen verhält sich dies jedoch anders; denn es handelt sich bei der Einrichtung von City Improvement Districts nicht um einen – juristisch formuliert – **synallagmatischen Austausch** von **bipolarer Beschaffenheit** – hier der Aufgabenträger, dort die FHH –, sondern um ein **Dreiecksverhältnis** von **mehrpoliger Beschaffenheit**, in dem die Freie und Hansestadt Hamburg rechtlich stärker hervortritt als dies dem Funktionszusammenhang dieses Dreiecksverhältnis entspricht. Dies ergibt sich aus den folgenden **drei Gesichtspunkten**:

Der erste Gesichtspunkt kann als **Legitimationsgesichtspunkt** bezeichnet werden und bezieht sich auf die Frage, wer eigentlich der **Destinatär** der zu erbringenden Improvement-Leistungen ist und wem gegenüber sich der Aufgabenträger eigentlich für die Qualität seiner Aufgabenwahrnehmung zu verantworten hat. Die Antwort darauf ist eindeutig: wie unter dem Stichwort „Sonderabgabe“ ausgeführt, kann eine solche Abgabe nur auferlegt werden, wenn dem Abgabenschuldner – Stichwort: gruppennützige Verwendung – die Vorteile der Aufgabenwahrnehmung durch die Aufgabenträger letztlich auch zugute kommen; der **Legitimationszusammenhang** besteht also zwischen dem Aufgabenträger und den Abgabenschuldnern, nicht zwischen diesem „völlig neuen Akteur“ und der Freien und Hansestadt Hamburg, deren Aufgabe als **Ge-**

währleistungsfunktion bezeichnet werden kann, mit der sie sicherstellt, daß die Aufgabenwahrnehmung auch im Interesse der Destinatäre erfolgt. Diesen Legitimationszusammenhang hat Jens Kersten

– a.a.O., S. 16

zutreffend erkannt, wenn er dazu folgendes ausführt:

– „Diese Stellung sui generis führt aber zu weiteren Fragen: Wie ist der Aufgabenträger legitimiert? Und wer ist sein Legitimationssubjekt? Diese Fragen lassen sich anhand der oben entfalteten Governance-Struktur beantworten. Dem Modell nach soll in dieser Governance-Struktur die Initiative von den Grundstückseigentümern ausgehen, also von den Privaten. Der Staat **soll diese private Initiative ‚nur‘ rechtlich absichern und auf eine Abstimmung des BID-Konzepts mit dem Allgemeinwohl**, mit der städtebaulichen Entwicklung und den städteulturellen Strukturbedingungen achten. Legitimationssubjekt für die Arbeit des Aufgabenträgers sind also die **abgabepflichtigen** Grundstückseigentümer, nicht der Staat.“

Wenn sich dies so verhält, dann läge es allerdings nahe, den Leistungsdestinatären eine eigene Kontrollmöglichkeit einzuräumen oder ihnen das Recht zu gewähren, bei der Handelskammer Hamburg bzw. beim Senat ein aufsichtsrechtliches Einschreiten zu beantragen. Jens Kersten sieht hierin eine gewisse **Legitimationslücke** und schlägt vor, diese dadurch zu schließen, daß man den öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen der FHH und dem Aufgabenträger als Vertrag zugunsten Dritter interpretiert. Selbst wenn man dem nicht hundertprozentig und d.h. mit der Konsequenz einer eigenen Klagebefugnis für die Abgabenschuldner folgen will, so bleibt doch der Grundgedanke, daß es sich **bei dem öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen der FHH und dem Aufgabenträger funktional um einen Vertrag zugunsten Dritter handelt**, vollkommen richtig; weil dies ein wichtiger Gesichtspunkt ist, ist Jens Kersten etwas ausführlicher das Wort zu geben (a.a.O., S. 17):

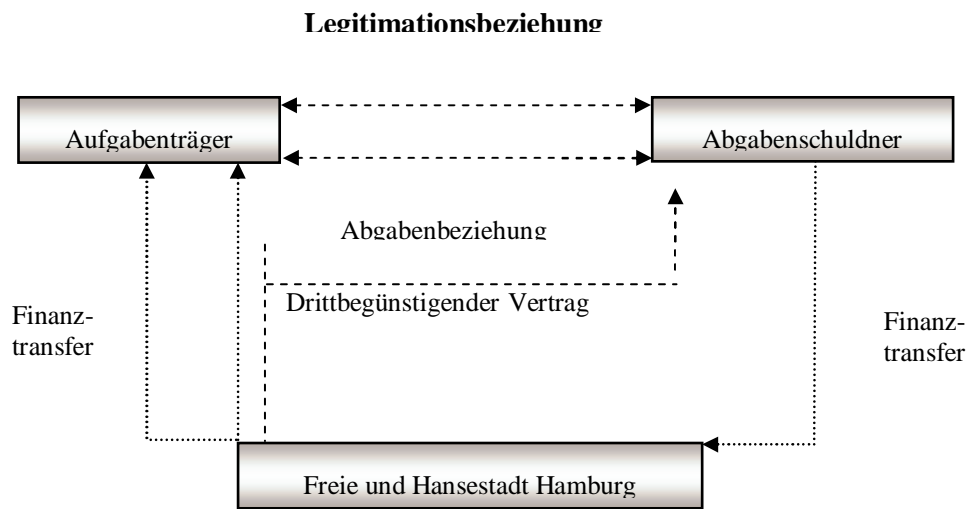
– „Bei dem zwischen der Gemeinde und dem Aufgabenträger geschlossenen öffentlich-rechtlichen BID-Vertrag handelt es sich um einen **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der Abgabepflichtigen**. Die zivilrechtliche Figur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist nach § 61 Satz 2 VwVfG auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag anwendbar, da dieses Rechtsinstitut unmittelbar auf den Abschluss und die Abwicklung eines Vertrages gerichtet ist. Ein Vertrag zugunsten Dritter liegt immer dann vor, wenn eine Leistungsnähe des Dritten zu bejahen ist, der Dritte also mit der vertraglichen Leistung in einer den Gläubiger vergleichbaren Weise in Berührung kommt. Ganz in diesem Sinn **entfaltet jedoch der öffentlich-rechtliche BID-Vertrag eine Schutzwirkung zugunsten der Abgabepflichtigen**. Der Vertrag soll die Umsetzung des Finanzierungs- und Maßnahmenkonzepts für das BID absichern, das auf die Initiative und die – zumindest schweigende – Zustimmung einer Mehrheit von Zweidritteln oder Dreivierteln der Abgabepflichtigen zustande gekommen ist. Damit soll der BID-Vertrag vor allem **sicherstellen, dass die Abgaben der Grundstückseigentümer dem Finanzierungs- und Maßnahmenkonzept entsprechend verwendet werden, um die Interessen der Abgabepflichtigen zu schützen**. Aufgrund dieser Schutzwirkung des Vertrages zugunsten der Abgabepflichtigen können diese eine rechtskonforme Umsetzung des Maßnahmen- und Finanzierungskonzepts sowie eine rechtskonforme Verwendung ihrer Abgaben gerichtlich geltend machen. Da der BID-Vertrag durch die BID-Gesetze ausdrücklich als öffentlich-rechtlicher Vertrag ausgewiesen ist, steht den Abgabepflichtigen insoweit der Verwaltungsrechtsweg offen. Klagegegner ist die Körperschaft, die den Aufgabenträger beaufsichtigt. Statthafte Klageart ist die Leistungsklage. Mit ihr kann ein Abgabepflichtiger sowohl eine Prüfung der ordnungsgemäßen Umsetzung des Maßnahmen- und Finanzierungskonzepts als auch ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde gegenüber dem Auftraggeber durch eine Kündigung des öffentlich-rechtlichen BID-Vertrags gelten machen.“

Der dritte Gesichtspunkt ist **finanzieller Natur** und bezieht sich auf die Frage, ob es sich bei der Weiterreichung der Sonderabgabenbeträge abzüglich der Kosten des Verwaltungsaufwandes – wiederum bei **funktionaler Betrachtung** – um eine Zahlung

aus dem Vermögen der FHH handelt oder um einen Kassenvorgang, mit dem ein sich wirtschaftlich zwischen dem Abgabenschuldner und dem Aufgabenträger abspielender Vorgang technisch-instrumentell durch die hamburgische Finanzverwaltung abgewickelt wird. Auch hier ist die Antwort eindeutig: das Geld stammt bei funktionaler Betrachtungsweise von den mit einer Sonderabgabe belegten Grundeigentümern des Improvement Districts und ist vom Aufgabenträger deshalb in ihrem Interesse zu verwenden.

III. Begründung von City Improvement Districts kein vergaberechtlicher Vorgang

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß es sich bei der Begründung eines City Improvement Districts nicht um einen vergaberechtlichen Beschaffungsvorgang handelt, sondern um die hoheitliche Flankierung eines Aktes privater Selbstorganisation, wodurch die Freie und Hansestadt Hamburg zwar **formal-rechtlich** sehr stark in den Vordergrund tritt (Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages mit dem Aufgabenträger, Tätigkeit von Finanztransfers), **funktional** aber lediglich die Funktionsfähigkeit dieses Urban-Governance-Modells zu gewährleisten sucht. Wenn man diese sich überlappenden rechtlichen Beziehungen (gekennzeichnet mit) und die maßgeblichen **funktionalen Beziehungen** (gekennzeichnet mit -----) graphisch darstellen, so könnte dies wie folgt aussehen:



Das Regime des Vergaberechts findet daher keine Anwendung.

F. Vereinbarkeit mit Europäischem Beihilferecht

Da für die Funktionsfähigkeit des gemeinsamen Marktes ein möglichst unverfälschter Wettbewerb konstitutiv ist, ist das in Art. 87 Abs. 1 EGV normierte Beihilfeverbot nach allgemeiner Auffassung weit auszulegen.

- vgl. mit weiteren Nachweisen Mederer, in: Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2003, Art. 87 Rdnr. 2.

Nicht mit dem gemeinsamen Markt vereinbarte Beihilfen sind nach Art. 87 Abs. 1 EGV daher alle staatlichen und aus staatlichen Mitteln gewährten Zuwendungen gleich welcher Art, die durch Begünstigung bestimmter Unternehmen den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Nach dieser Definition scheiden die in einem City Improvement District ansässigen Grundeigentümer als Beihilfebegünstigter Personenkreis von vornherein aus. Denn den Grundeigentümern entsteht kein wirtschaftlicher Vorteil durch eine staatliche Leistung, die – wie die obige graphische Darstellung zeigt – lediglich in einem staatlichen **Transferdienst** der Sonderabgabe besteht, einer Transferleistung, für die der Staat nach § 8 Abs. 1 des hier zu beurteilenden Gesetzentwurfs eine Verwaltungspauschale zur Deckung seines Aufwandes erhält. Im übrigen haben die Grundeigentümer die Sonderabgabe selbst aufgebracht, so daß eine Identität zwischen Abgabenschuldnern und Maßnahmebegünstigten besteht.

Im Folgenden ist daher allein zu prüfen, ob in der Überweisung des Aufgabenaufkommens durch die Freie und Hansestadt Hamburg an den Aufgabenträger und die ihm damit zugleich nach § 7 Abs. 1 Satz 1 eingeräumte Möglichkeit, aus diesem Betrag einen „angemessenen Gewinn“ zu realisieren, eine gemeinschaftswidrige Beihilfe

zu sehen ist – wobei an dieser Stelle die Überschreitung der Schwelle von 100.000 Euro innerhalb von drei Jahren unterstellt wird.

I. Gemeinschaftsrechtswidrige Begünstigung des Aufgabenträgers?

Da nach § 7 Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs des Attraktivitätssteigerungsgesetzes dem Aufgabenträger das Aufkommen der von der FHH erhobenen Sonderabgabe zufließt, um den dem Aufgabenträger entstehenden Aufwand einschließlich eines angemessenen Gewinns abzudecken, ist zu prüfen, ob hierin eine Begünstigung im Sinne des Art. 87 Abs 1 EGV liegt oder lediglich eine Kompensation für die von ihm erbrachten Quartieraufwertungs-Leistungen. Denn nur wenn der Aufgabenträger im Hinblick auf die von ihm erbrachte Leistung eine deutlich höhere als die marktübliche Entschädigung erhält, also eine Überkompensation vorliegt, besteht eine Vorteilswirkung im Sinne von Art 87 Abs. 1 EGV.

– vgl. dazu mit zahlreichen Nachweisen Hellermann/Hermes, a.a.O., S. 85ff.

Ob das der Fall ist, erweist sich in der Regel durch die Nagelprobe eines vergaberechtlichen Ausschreibungsverfahrens, das gewissermaßen als ein marktgerechter Filter fungiert, um die weißen Kompensationsschafe von den schwarzen Überkompensations-Böcken zu scheiden. Daher geht die Kommission jedenfalls dann von einer marktgerechten Kompensation aus, wenn der Aufgabenträger in einem wettbewerbs-offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahren bestimmt wurde.

– Koenig/Kühling, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV RdNr. 41; Bär-Bouyssièrè, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 87 EGV, RdNr. 28.

Genau an diesem Mechanismus eines Ausschreibungsverfahrens fehlt es aber in der Konstruktion einer hoheitlich flankierten Selbstorganisation, so daß die Frage nahe liegt, ob es nicht auch in dieser Form von urban governance Sicherungen gibt, die

verhindern, daß die Aufwandsentschädigung des Aufgabenträgers zu hoch ausfällt (dazu sogleich auch unter II).

Aber selbst wenn es an dem vergaberechtlichen Filterverfahren fehlt, ist das Ergebnis nicht notwendig eine gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfe. Denn die Rechtsprechung des EuGH hat mit seiner „Altmark Trans“-Entscheidung vom 24. Juli 2003

– EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00 (Altmark Trans), Slg. 2003, I-7747, Rz. 88ff.

einen Weg gewiesen, wie eine öffentlich bedeutsame Wahrnehmung von gemeinwohlrelevanten Dienstleistungen durch private – hier: Zuschüsse zum Linienverkehr im Stadt-, Vorort- und Regionalbereich – **beihilfeunbedenklich** durchgeführt werden kann. Dafür müssen nach der Altmark Trans-Entscheidung kumulativ die folgenden vier Voraussetzungen gegeben sein:

- Das begünstigte Unternehmen muß tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut und diese Verpflichtungen müssen klar definiert worden sein.
- Die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent aufzustellen.
- Der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken.
- Die Höhe des erforderlichen Ausgleichs muß, wenn die Wahl des begünstigten Unternehmens nicht im Wege der öffentlichen Auftragsvergabe erfolgt ist, auf der Grundlage der Analyse der Kosten bestimmt worden sein, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte.“

Das Vorliegen dieser Voraussetzungen wird man für den hier vorliegenden Fall ohne „Subsumtions-Bauchschmerzen“ bejahen können; dem entsprechenden Prüfungsergebnis im Gutachten von Hellermann und Hermes

- a.a.O, S. 88/89

ist voll zuzustimmen:

- „Die Anwendung dieser Kriterien auf das vorliegende Modell (das BID-Modell (GFS) ergibt: Die Betrauung mit einer klar definierten, im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe erfolgt durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag, der sich seinerseits auf die Konkretisierung der Aufgabe durch die Rechtsverordnung stützen kann. Wenn in diesem Vertrag die Parameter definiert sind, nach denen sich der Ausgleich des Aufgabenträgers bemißt, ist auch der zweiten Anforderung Genüge getan. Die praktischen Schwierigkeiten liegen dagegen in der Umsetzung der dritten und vierten Anforderung des EuGH, der für Fälle der vorliegenden Art, in denen eine Ausschreibung nicht in Betracht kommt, die Orientierung an den Kosten verlangt, die einem ‚durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen‘ entstehen würden. Anhaltspunkte für einen solchen Maßstab enthält der Entwurf, wenn er in § 6 Abs. 3 die ‚ordnungsgemäße Geschäftsführung des Aufgabenträgers‘ der Überwachung der Handelskammer unterwirft.“

Aber auch aus einem anderen Grunde handelt es sich bei der Governance-Konstruktion von City Improvement Districts nicht um eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV.

II. Staatlich flankierte private Selbstorganisation keine Wettbewerbsverfälschung im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV

Wie oben dargestellt, ist das wichtigste Instrument zur Sicherung eines unverfälschten Wettbewerbs die Durchführung eines wettbewerbsoffenen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens. Ein solches ist in der Governance-Konstruktion von BIDs, HIDs und NIDs nicht vorgesehen. Dadurch wird diese Konstruktion aber nicht per se europarechtswidrig: denn erstens bedeutet die Konstruktion der City Improvement Districts, daß der lokale Selbstorganisations-Prozeß nur einen Aufgabenträger hervorbringt, so daß es an einer Konkurrenz-Situation mit anderen Anbietern

fehlt – und zwar lokalen, wie nicht-lokalen – und zweitens sind durchaus Mechanismen vorhanden, die verhindern, daß der Gewinn des betrauten Aufgabenträgers nicht „ins Kraut schießt“.

Was zunächst den ersten Punkt angeht, so ist Jens Kersten schon auf der richtigen Fährte, wenn er unter dem Stichwort „Beihilfe für den Aufgabenträger?“

– a.a.O., S. 22/23

folgendes ausführt:

– „...ist eine Wettbewerbsverfälschung ... zu bejahen, **wenn die Beihilfe die Stellung des Begünstigten oder eines dritten Unternehmens** auf dem sachlich, zeitlich und räumlich relevanten Markt zulasten seiner potentiellen Konkurrenten verbessert. Demnach scheidet eine Wettbewerbsverfälschung aus, wenn es kein mit dem begünstigten Unternehmen konkurrierendes Unternehmen in der EU auf dem sachlich, zeitlich und räumlich relevanten Markt gibt. Dies ist bei BIDs zu bejahen, soweit der Aufgabenträger von einer, das stillschweigende Zustimmungsquorum überschreitenden Anzahl der Abgabepflichtigen getragen wird. Denn in diesem Fall ist es nach dem Hamburger Modell ausgeschlossen, daß ein anderes Unternehmen in dem BID-Verfahren überhaupt zum Zuge kommen und einen Gewinn realisieren kann.“

Was hiermit zutreffend gesehen wird, ist, daß der Selbstorganisationsprozeß so angelegt ist, daß er nun einen potentiellen Aufgabenträger „gebiert“, nämlich einen, der Ideen hat und Initiativen entwickelt und dadurch die Unterstützung der quartieransässigen Grundeigentümer gewinnt. Gegenstand dieser **lokalen Kommunikationsprozesse**, in denen der Handelskammer Hamburg offenbar eine gewisse Moderatorenrolle zukommt, werden auch die Gewinnvorstellungen des sich ins Spiel bringenden Aufgabenträgers sein; auch das wird von Kersten zutreffend gesehen, wenn er im Beckschen Online-Kommentar zum Baugesetzbuch

– § 171f. BauGB, RdNr. 104b

zur **Einbeziehung eines angemessenen Gewinns** folgendes ausführt:

- „Die Höhe eines angemessenen Gewinns für den Aufgabenträger ist Verhandlungssache und im Maßnahmen- und Finanzierungskonzept, im öffentlich-rechtlichen Vertrag bzw. in der Satzung näher zu konkretisieren. Es bleibt so dann den Abgabepflichtigen überlassen, die Höhe dieses Gewinns zu bewerten und dem Antrag entweder ihre Unterstützung zu versagen bzw. diesem zu widersprechen.“

Es sind also durchaus regulative Mechanismen vorhanden, die auf andere als vergaberechtliche, aber durchaus **funktions-kompensatorische** Art und Weise eine ungerechtfertigte Begünstigung eines monopolistischen Aufgabenträgers verhindern.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die im hier zu beurteilenden Gesetzentwurf vorgesehene Konstruktion von Housing und Neighbourhood Districts nicht gegen das europarechtliche Beihilfeverbot verstößt.

G. Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Konsequenzen

Die bisherigen gutachterlichen Überlegungen führen zu dem Ergebnis, daß die gezogenen Folgerungen auf dem Gebiet des Abgabenrechts, des Vergaberechts und auch des europäischen Beihilferechts um so plausibler sind, je mehr der Charakter von Housing und Neighbourhood Improvement Districts als hoheitlich flankierte private Selbstorganisation hervortritt. Um die juristischen Folgerungen noch „belastbarer“ zu machen und um diese neue Form von Urban Governance noch mehr Profil zu geben, empfehlen sich m.E. die folgenden Veränderungen:

I. Erhöhung des Unterstützungs-Quorums

Nach § 5 Abs. 1 des Gesetzentwurfs reicht es für die Befugnis des Aufgabenträgers zur Antragstellung aus, wenn er die Zustimmung der Eigentümer von 15 vom Hundert der Anzahl der im HID/NID belegenden Grundstücke nachweisen kann, während für den Widerspruch der Eigentümer nach § 5 Abs. 8 das prozentuale Erfordernis wesentlich höher liegt (mehr als ein Drittel).

Bei diesem geringen Quorum von 15% ist die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, daß sich mehrere natürliche oder juristische Personen um die Aufgabenträgerschaft bewerben, weil sie etwa unterschiedliche Vorstellungen und Visionen für die Stadtteilsentwicklung haben. Käme es im Falle von mehreren Bewerbern mit einem Unterstützungspolster von 15% und mehr zu konkurrierenden Anträgen, ist schwerlich zu begründen, warum dann nicht von vornherein ein vergaberechtlich gesteuertes Ausschreibungsverfahren durchzuführen ist.

Es würde m.E. den Charakter von HIDs bzw. NIDs als Akte privater Selbstorganisation stärker hervortreten lassen, wenn das Unterstützungsquorum höher, also etwa bei 20 oder 25% läge.

II. Beteiligung der abgabepflichtigen Grundeigentümer

Die Einbeziehung der abgabepflichtigen Grundeigentümer in die Planung und Begleitung des Improvement Districts ist nach den Vorschriften des Gesetzentwurfs nicht sehr ausgeprägt. Abgesehen davon, daß die Antragsunterlagen nach § 5 Abs. 6 auszuliegen sind und – wie bei einem Planfeststellungsverfahren – Gelegenheit besteht, Bedenken und Anregungen vorzutragen, sind nach § 6 Abs 1 bei der Fortschreibung des Maßnahmen- und Wirtschaftsplans die betroffenen Grundstückseigentümer, Mieter und Pächter „in geeigneter Weise“ zu beteiligen.

Abgesehen davon, daß diese Formulierung konkretisierungsbedürftig erscheint, ist zu überlegen, ob nicht der Charakter privater Selbstorganisation gestärkt würde, gäbe es eine vom Gesetzgeber zumindest angebotene organisatorische Struktur für eine informelle Rückbindung der laufenden Geschäfte des Aufgabenträgers an die Interessen der Abgabepflichtigen. Zu denken wäre hier an die in der Hansestadt Bremen vorgesehene Möglichkeit,

- § 3 Abs. 4 GSED Bremen, Bremische Bürgerschaft PP 16/4163, 4165

den Aufgabenträger bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben durch die Bildung eines **Standortausschusses** zu unterstützen. Nach dem Bremer Modell soll diesem Standortausschuß mindestens ein Vertreter der betroffenen Grundstückseigentümer, der gewerblichen und der freiberuflichen Mieter im Innovationsbereich, der Stadtgemeinde Bremen oder Bremerhaven und der Handelskammer Bremen bzw. Industrie- und Handelskammer Bremerhaven angehören. Der Aufgabenträger sollte diesem Standortausschuß regelmäßig über die Wahrnehmung seiner Aufgaben berichten sowie auf Verlangen Auskunft erteilen.

III. Aufsicht

Gemäß § 6 Abs. 3 des Gesetzentwurfs wird die ordnungsgemäße Geschäftsführung des Aufgabenträgers durch die Handelskammer Hamburg überwacht; die Handelskammer ist es auch, die bei der Aufsichtsbehörde der FHH beantragen kann, den Aufgabenträger abuberufen und den öffentlich-rechtlichen Vertrag zu kündigen. Diese starke Stellung der Handelskammer bei der Beaufsichtigung des Aufgabenträgers ist nicht unproblematisch.

Aufsicht und Kontrolle verlangen Distanz zwischen der Aufsichtsinstanz und den zu beaufsichtigenden Personen oder Unternehmen.

- vgl. dazu Walter Krebs, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, Heidelberg 1984

Insbesondere aus der Beschäftigung mit den sog. „Independent Regulatory Agencies“ in den USA weiß man, daß Regulierungsbehörden mit einem gewissen Näheverhältnis zu der von ihr zu beaufsichtigenden Klientel dazu neigen, die Probleme allzusehr durch die Brille der zu beaufsichtigenden Personen, Unternehmen oder Branchen zu sehen. Die zahlreichen empirischen Studien zur Gefahr einer sog. „Clientale Capture“

- vgl. dazu mit weiteren Nachweisen Gunnar Folke Schuppert, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, Göttingen 1981, S. 337ff.

legen es in der Tat nahe, eine Aufsichts konstruktion zu wählen, die diese Gefahr vermeidet.

Daß eine solche Gefahr einer mangelnden Distanz bestehen könnte, ist keine an den Haaren herbeigezogene Vermutung, sondern ergibt sich aus der **eigenen Darstellung der Handelskammer**: in dem schon zitierten Leitfaden zur Gründung von Business Improvement Districts, der zusammen mit der Behörde für Stadtentwicklung und Umwelt herausgegeben wurde, wird anschaulich die **beratende Rolle der Handelskammer** in der Initiierungs- und Konkretisierungsphase bei der Gründung von BIDs

hervorgehoben. Diese sicherlich hilfreiche und wichtige Rolle des Beratens und Moderierens, die die Handelskammer notwendig in engen Kontakt mit dem später beauftragten Aufgabenträger bringt, läßt es nicht gänzlich ausgeschlossen erscheinen, daß der Rollenwechsel zur Aufsichtsinstanz nicht gänzlich gelingt, weil die möglicherweise auftretenden Probleme zu sehr durch die Brille des Aufgabenträgers gesehen werden.

Da dies keine böswillige Unterstellung ist, sondern durch verwaltungswissenschaftliche Studien zum „organizational behaviour“ von Aufsichtsinstanzen empirisch belegt ist

- vgl. die abgewogene Darstellung bei James W. Davis, An Introduction to Public Administration, 1974, Kapitel 11: „Organizations, Their Clients, and the Public“, S. 210ff.

sollte eine Konstellation vermieden werden, die der Handelskammer Hamburg eine **Doppelrolle** zumutet. Daher empfiehlt sich, die Aufsichtsbezugsbefugnis allein bei der Freien und Hansestadt Hamburg anzusiedeln, gleichwohl aber die Kompetenz und die Urteilskraft der Handelskammer für die Wahrnehmung der Aufsichtsbezugsbefugnis fruchtbar zu machen. Dies könnte in der Weise geschehen, daß in § 6 Abs. 3 vorgesehen wird, daß vor Einleitung aufsichtsrechtlicher Maßnahmen die Handelskammer zu hören ist. Im Sinne einer **begleitenden Steuerungsaufsicht**

- Begriff bei Gunnar Folke Schuppert, Zur notwendigen Neubestimmung der Staatsaufsicht im verantwortungsteilenden Verwaltungsstaat, in: derselbe (Hrsg.), jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat: Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, Baden-Baden 1999, S. 299ff.

wäre die Aufsichtsbehörde der FHH zudem gut beraten, engen Kontakt zur Handelskammer zu halten, um möglichst rechtzeitig über etwaige Aufsichtsansätze informiert zu sein.

IV. Übertragung der Aufgabenwahrnehmung auf Dritte

Nach § 4 Abs. 3 des Gesetzentwurfs kann der Aufgabenträger die Wahrnehmung seiner Aufgaben Dritten übertragen. Da der Aufgabenträger der schlechthin zentrale Akteur bei der Errichtung und Durchführung von City Improvement Districts ist, erscheint eine solche lapidare Formulierung unzureichend. Drei Dinge müssten klar sein oder gegebenenfalls klargestellt werden:

- Der Aufgabenträger kann nur die **Wahrnehmung** der ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgaben auf einen Dritten übertragen, nicht aber die Aufgaben selbst. Dies kommt im Gesetzeswortlaut hinreichend klar zum Ausdruck.
- Der Aufgabenträger bleibt weiterhin für die ihm übertragenen Aufgaben verantwortlich. Dies könnte durch eine entsprechende Formulierung klargestellt werden: „Unbeschadet seiner fortbestehenden Aufgabenverantwortung kann der Aufgabenträger ...“.
- Der Aufgabenträger muß den Dritten sorgfältig auswählen, bei der Wahrnehmung der Aufgabe überwachen und die Erfüllung der Aufgabe sicherstellen. Es empfiehlt sich daher eine Regelung nach hessischem Vorbild, wo in § 4 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. mit Abs. 2 INGE-Gesetz gefordert wird, daß der Dritte hinsichtlich Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit die gleichen Voraussetzungen zu erfüllen hat wie der Aufgabenträger selbst.
- Daß Gesetz muß vorschreiben, daß der Aufgabenträger sich nicht vertraglich von der Haftung für eigenes Auswahl- und Überwachungsverschulden gegenüber der FHH freistellen darf.

V. Ermessen des Senats bei der Errichtung eines HID/NID?

Gemäß § 5 Abs. 5 des Gesetzentwurfs wird der Antrag auf Errichtung eines HID/NID von der Aufsichtsbehörde abgelehnt, wenn der Aufgabenträger die an ihn gestellten Anforderungen nicht erfüllt, oder wenn das Maßnahmen- und Finanzierungskonzept

zur Verwirklichung der Grundsätze nach § 1 und der Zielsetzung nach § 2 nicht geeignet ist, öffentliche Belange oder Dritter beeinträchtigen oder die abgabenpflichtigen unverhältnismäßig belasten würde.

Ein Ermessen der Aufsichtsbehörde wird damit nicht begründet; die vom Gesetzentwurf gewählten Formulierungen sind geradezu typisch für die Umschreibung einer rechtlich gebundenen Entscheidung: dem Antrag **ist** stattzugeben, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind und öffentliche Belange nicht entgegenstehen.

Gleichwohl besteht hier ein **Entscheidungsspielraum der Aufsichtsbehörde**, und zwar auf der Tatbestandsseite der Norm. Nach einhelliger Auffassung in Literatur und Rechtsprechung

- Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. München 2006, § 7, Rdnr. 27 f.

handelt es sich beim **Begriff der Eignung** um einen sog. **unbestimmten Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum**, der – insofern strukturell ähnlich dem Ermessen – der rechtsanwendenden Verwaltung einen von den Verwaltungsgerichten zu respektierenden Entscheidungsspielraum einräumt. Da das bei der Antragstellung vorzulegende Maßnahmen und Finanzierungskonzept „geeignet“ sein muß, um die Grundsätze nach § 1 und die Zielsetzung nach § 2 zu erreichen, besteht hier ein **Beurteilungsspielraum der Aufsichtsbehörde**.

Allerdings besteht dieser Beurteilungsspielraum nur, soweit die Behörde die Eignung des Konzepts nicht bejahen kann; denn es handelt sich bei der Konstruktion von § 5 Abs. 5 des Gesetzentwurfs von der Struktur her um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gegenüber einer sozial durchaus erwünschten Tätigkeit. Da die Selbstorganisation des Stadtteils zu fördern, ein ausdrückliches Regelungsziel des Gesetzes ist, wird man die Aufsichtsbehörde für verpflichtet halten müssen, dem Antrag stattzugeben, wenn ihre Bedenken nicht grundsätzlicher Natur sind, sondern ihnen – z.B. durch Auflagen – im zu schließendem öffentlich-rechtlichen Vertrag ausreichend Rechnung getragen werden kann.

H. Zusammenfassung in Thesenform

- I. Bei der Errichtung von Housing/Neighbourhood Improvement Districts handelt es sich nur vordergründig um eine besondere Erscheinungsform von Public Private Partnership. City Improvement Districts stellen vielmehr eine von PPPs zu unterscheidende spezifische Form von Urban Governance dar, die sich als hoheitliche Flankierung privater Selbstorganisation bezeichnen läßt.
- II. Für die Einrichtung von HIDs/NIDs verfügt der hamburgische Gesetzgeber über die notwendige Gesetzgebungskompetenz. Der am 1.1.07 in Kraft getretene § 171f BauGB stellt ausdrücklich klar, daß die Länder insoweit regelungsbefugt sind und daß ihre Regelungsbefugnis sich auch auf die Abgabenerhebung erstreckt. § 171f BauGB stellt ferner klar, daß die Regelungsermächtigung sich nicht nur auf Business Improvement Districts bezieht, sondern auch Housing Improvement-Maßnahmen ermöglichen soll.
- III. Bei der von den Grundeigentümern zu erhebenden Abgabe handelt es sich nach der Typik des Abgaberechts um eine Sonderabgabe. Bei der Ausgestaltung dieser Sonderabgabe hat der Gesetzgeber einen typisierenden Gestaltungsspielraum. Die Abgabenerhebung muß sich nicht zwingend an einen meßbaren individualen Nutzen des Abgabenschuldners orientieren; ausreichend ist, daß ein Gesamtnutzen des Improvement Districts vorliegt und daß die zulässigerweise an den Einheitswerten anknüpfende Abgabe gruppennützig verwendet wird. Dies ist nach den gesetzlichen Vorgaben gewährleistet.
- IV. Bei der vertraglichen Beauftragung des Aufgabenträgers und der Auszahlung des Aufkommens der Sonderabgabe handelt es sich nur vordergründig um einen dem Regime des Vergaberechts unterfallenden Vorgang. Nach der Konstruktions- und Funktionslogik von City Improvement Districts ist das Ver-

hältnis zwischen den maßgeblichen Akteuren – dem Aufgabenträger, den Grundeigentümern und der FHH – ein mehrpoliges Verhältnis, in dem sowohl der Legitimations- wie der Finanzierungszusammenhang primär zwischen dem Aufgabenträger und den Abgabenschuldnern besteht. Die Freie und Hansestadt Hamburg flankiert lediglich diesen Akt der Selbstorganisation, um seine Funktionsbedingungen, vor allem durch den Ausschluß von Trittbrettfahrern, zu gewährleisten. Dazu schließt sie einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit dem Aufgabenträger, der sich bei funktionaler Betrachtungsweise als Vertrag zugunsten Dritter erweist, und dazu transferiert sie das Aufkommen der Sonderabgabe. Ein ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang liegt hierin nicht.

- V. Die Errichtung von City Improvement Districts ist keine unerlaubte Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV. Erstens handelt es sich hierbei nicht um eine finanzielle Überkompensation des Aufgabenträgers, zweitens fehlt es an einer den Anwendungsbereich von Art 87 Abs. 1 EGV erst eröffnenden Wettbewerbsverfälschung.
- VI. Der Selbstorganisations-Charakter von City Improvement Districts als einer neuen Form von Urban Governance sollte durch eine Erhöhung des Zustimmungsquorums und eine intensivere Einbeziehung der Grundeigentümer, Mieter und Pächter verstärkt werden.
- VII. Die Aufsicht über den Aufgabenträger sollte nicht bei der Handelskammer Hamburg, sondern bei der Aufsichtsbehörde der FHH liegen. Die Handelskammer ist vor der Einleitung von aufsichtsrechtlichen Maßnahmen zu hören und auch sonst mit ihrem Sachverstand in die Handhabung einer begleitenden Steuerungsaufsicht zu integrieren.
- VIII. Bei der Übertragung der Aufgabenwahrnehmung auf Dritte ist sicherzustellen, daß an den Dritten die gleichen Anforderungen zu stellen sind wie an den Aufgabenträger selbst.
- IX. Bei der Entscheidung über die Beauftragung steht der Aufsichtsbehörde ein Ermessen nicht zu. Sie verfügt jedoch aufgrund des Tatbestandsmerkmals der

Eignung über einen auch von den Verwaltungsgerichten zu respektierenden Entscheidungsspielraum. Von der Ablehnungsmöglichkeit sollte nur Gebrauch gemacht werden, wenn die Bedenken der Aufsichtsbehörde nicht durch eine entsprechende Ausgestaltung des öffentlich-rechtlichen Vertrages ausgeräumt werden können.

Berlin, den 21. Mai 2007,

Professor Dr. Gunnar Folke Schuppert