

Rechtliche Zulässigkeit der Schaffung von „Business Improvement Districts (BIDs)“

**- Zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der
Einzelhandels- und Dienstleistungszentren (Stand: 17. Februar 2004) -**

Rechtsgutachten

erstattet im Auftrag
der Freien und Hansestadt Hamburg

von

Prof. Dr. Johannes Hellermann,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht,
Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld

und

Prof. Dr. Georg Hermes,
Institut für Öffentliches Recht,
Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main,
Fachbereich Rechtswissenschaft

August 2004

Gliederung

1. Teil: Einleitung.....	1
A. Sachverhalt	1
B. Auftrag und Gang des Gutachtens.....	2
2. Teil: Rechtliche Bewertung.....	4
A. Interpretation und Konzeption des Gesetzes zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren.....	4
I. Gesamtkonzeption des Entwurfs	4
II. Einzelne Interpretationsprobleme.....	5
1. Aufgabenträger.....	5
a. Rechtsstellung und Aufgabenqualität.....	5
b. Rechte im Verhältnis zu Hoheitsträgern	6
c. Verhältnis von (potentiellen) Aufgabenträgern zueinander	7
2. Funktionen und Einflüsse der Freien und Hansestadt Hamburg.....	7
3. Die Stellung der mitwirkungsberechtigten und abgabepflichtigen Grundstückseigentümer.....	8
4. Befristungsregelung	9
B. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	10
I. Landesgesetzgebungskompetenz und Vereinbarkeit mit bundesgesetzlichen Vorgaben.....	10
1. Landesgesetzgebungskompetenz und konkurrierende Sachgesetzgebungszuständigkeit des Bundes	11
a. Der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG (Bodenrecht) und seine Wahrnehmung im Baugesetzbuch.....	11
aa. Reichweite der Inanspruchnahme der konkurrierenden Bundesgesetzgebungszuständigkeit.....	11
bb. Abgrenzung der Sachregelungen des Gesetzes zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren	14
b. Der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft).....	15
2. Landesgesetzgebungskompetenz für die Abgabenregelung	16
a. Steuergesetzgebungskompetenz gemäß Art. 105 Abs. 2 GG.....	16
aa. Steuer i.S.d. Art. 105 GG?.....	16
(1) Hoheitliche Auferlegung einer in den Haushalt fließenden Geldleistung .	16
(2) Zweck der Erzielung von Einnahmen für den allgemeinen Finanzbedarf.	19
(3) Voraussetzungslosigkeit	21
bb. Verdrängung durch die bundesgesetzlich geregelte Grundsteuer?.....	22
cc. Landessteuergesetzgebungskompetenz und Art. 106 GG.....	26

b.	Maßgeblichkeit der Sachgesetzgebungskompetenz	26
3.	Vereinbarkeit mit weiteren Anforderungen des einfachen Bundesrechts.....	27
a.	Vereinbarkeit der Beauftragung des Aufgabenträgers mit vergaberechtlichen Vorgaben	27
b.	Zulässigkeit der Abgabenerhebung durch die Finanzämter	28
c.	Vereinbarkeit der Verwendung von Grundsteuerdaten mit §§ 30 ff. AO	30
aa.	Verwendung von Grundsteuerdaten für die Abgabenerhebung.....	31
(1)	Erforderlichkeit einer besonderen Ermächtigungsgrundlage	31
(2)	Ermächtigungsgrundlage - Insbesondere: Zulässigkeit landesgesetzlicher Offenbarungsregelungen i.S.v. § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO	33
bb.	Verwendung von Grundsteuerdaten für die Bestimmung von Zustimmungs- und Widerspruchsquoten	36
cc.	Informationsanspruch des Aufgabenträgers.....	37
(1)	Information über die Gesamthöhe des Grundsteueraufkommens.....	37
(2)	Information über Grundstückseigentümer	38
II.	Materielle Verfassungsmäßigkeit	39
1.	Demokratieprinzip	39
a.	Legitimationsbedürftigkeit der Tätigkeit des Aufgabenträgers.....	39
aa.	Maßstäbe	39
bb.	Qualifikation der Tätigkeit des Aufgabenträgers.....	41
(1)	Entscheidungsbefugnis über die Verwendung öffentlicher Mittel	41
(2)	Vergleich mit Verwaltungshelfer.....	43
(3)	Vergleich mit Subventionierung privater Tätigkeit.....	44
(4)	Vergleich mit funktionaler Selbstverwaltung	45
(5)	Zwischenergebnis	47
cc.	Zum erforderlichen Legitimationsniveau.....	48
b.	Hinreichende demokratische Legitimation des Aufgabenträgers?.....	49
aa.	Maßstäbe	49
(1)	Allgemeines zum Legitimationsmodell	49
(2)	Funktionell-institutionelle Legitimation	50
(3)	Sachlich-inhaltliche Legitimation.....	50
(4)	Organisatorisch-personelle Legitimation.....	53
(5)	Verhältnis der verschiedenen Legitimationsformen	53
(6)	Die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur funktionalen Selbstverwaltung	54
bb.	Elemente demokratischer Legitimation des Aufgabenträgers	57
(1)	Sachlich-inhaltliche Legitimation.....	57

(2) Personelle Legitimation	59
(3) Heranziehung der Entscheidung BVerfGE 107, 59 ff.	60
c. Zwischenergebnis: Ausreichendes Legitimationsniveau	63
2. Finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit der Abgabe	64
a. Rechtliche Qualifikation der Abgabe: Beitrag oder Sonderabgabe?	64
aa. Die Unterscheidung von Beitrag und Sonderabgabe	65
bb. Einordnung der Abgabe gemäß § 7 des Entwurfs	68
b. Finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit der Abgabe	70
aa. Zulässigkeit als Beitrag	70
(1) Kostendeckungsprinzip.....	71
(2) Äquivalenzprinzip.....	71
bb. Zulässigkeit als Sonderabgabe	75
cc. „Ausgleichsfunktion“ als entscheidender Gesichtspunkt	76
3. Grundrechtsfragen.....	77
a. Verfassungsrechtlicher Datenschutz (Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung)	77
b. Grundrechtsschutz des Aufgabenträgers?	79
c. Grundrechtsschutz der Abgabepflichtigen (Gleichheitssatz).....	80
III. Vereinbarkeit mit den Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts	82
1. Beihilfenrecht.....	82
a. Weiter Beihilfenbegriff des Art. 87 Abs. 1 EG und Prüfungsmonopol der Kommission.....	83
b. Bestimmung der Anknüpfungspunkte für die beihilfenrechtliche Würdigung..	84
c. Begünstigung bestimmter Unternehmen	85
aa. Begünstigung des Aufgabenträgers	85
bb. Begünstigung der Grundstückseigentümer im Innovationsbereich	86
cc. Kriterien der „Altmark Trans“-Entscheidung des EuGH	87
dd. Zwischenergebnis	89
d. Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	89
e. Ergebnis der beihilferechtlichen Begutachtung	91
2. Vergaberecht	91
a. Bedeutung für die Betrauung des Aufgabenträgers	92
b. Überschreiten der Schwellenwerte	93
c. Auftraggebereigenschaft	94
aa. Freie und Hansestadt Hamburg als Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB...	94
bb. Aufgabenträger als Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB.....	94

(1) Gründung zu dem besonderen Zweck	95
(2) Nichtgewerblicher Art	95
(3) Beherrschung	95
(4) Subsumtion	96
(5) Bewertung.....	97
bb. Zwischenergebnis	98
d. Betrauung des Aufgabenträgers durch die Freie und Hansestadt Hamburg als öffentlicher Auftrag?	98
aa. Entgeltlicher Vertrag.....	99
bb. Vertrag als alleiniger Anknüpfungspunkt?	100
cc. Kein Beschaffungsvorgang mangels staatlichen Einkaufes privater Leistungen.....	101
e. Zusammenfassung der vergaberechtlichen Erörterung	102
3. Teil: Ergebnis der rechtlichen Begutachtung	103
Anhang: Gesetz zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren (Referentenentwurf, Stand: 17. Febr. 2004).....	106

Gutachten

1. Teil: Einleitung

A. Sachverhalt

Die Idee des sog. „Business Improvement District“, kurz „BID“ genannt, ist 1970 in Toronto entstanden. Sie hat sich seither zunächst in Nordamerika, wo viele kanadische Provinzen und US-Bundesstaaten Gesetze zur Zulassung von BIDs geschaffen haben, und dann auch in anderen Ländern verbreitet, etwa in Großbritannien.

BIDs sind räumlich begrenzte, meist innerstädtische Bereiche, in denen über einen begrenzten Zeitraum von zumeist fünf Jahren Maßnahmen zur Verbesserung des unmittelbaren geschäftlichen und städtischen Umfelds im Interesse der Stärkung des Standorts durchgeführt werden sollen. Solche BIDs entstehen auf Initiative der ansässigen Grundstückseigentümer und Gewerbetreibenden. Unterstützt eine näher definierte Mehrheit unter ihnen das Vorhaben, kann auf Antrag durch einen Rechtsakt der Kommune ein BID konstituiert werden. Die im BID erforderlichen Maßnahmen werden durch Abgaben der Grundstückseigentümer bzw. Gewerbetreibenden des Gebiets - auch soweit sie dem BID widersprochen haben sollten, so dass „Trittbrettfahren“ ausgeschlossen ist - finanziert und nach Maßgabe einer zugrunde liegenden Planung durch einen privaten Verein oder Unternehmer durchgeführt.

Zum Vorstehenden vgl. etwa die Informationen unter <http://www.hk24.de> (Handelskammer Hamburg) und <http://www.ihk-koeln.de> (IHK Köln).

In Deutschland gibt es bislang keine gesetzlichen Grundlagen für die Zulassung von BIDs. Der Senat der Freien und Hansestadt Hamburg beabsichtigt nun, durch ein Landesgesetz die Grundlage dafür zu schaffen, dass derartige BIDs in Hamburg geschaffen werden können; am 17. Februar 2004 hat der Senat Beschluß gefasst über einen dieses Anliegen verfolgenden, von der Behörde für Stadtentwicklung und Umwelt, Baurechtsamt, vorgelegten Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren. Nach diesem Entwurf kann ein Aufgabenträger einen Antrag auf Einrichtung eines sog. Innovationsbereichs stellen, wenn ein näher definiertes Quorum von 15 Prozent der Grundstückseigentümer dem zustimmt; sollten sich im weiteren Verfahren 30 Prozent der Grundstückseigentümer dagegen aussprechen, wird ein solcher Antrag abgelehnt.

In diesem Antrag müssen die vorgeschlagene Gebietsabgrenzung und ein Konzept mit den konkreten Zielen und Maßnahmen und deren Finanzierung dargestellt sein. Wenn das Maßnahmen- und Finanzierungskonzept des Antrags den gesetzlich vorgegebenen Grundsätzen und Zielen entspricht, weder öffentliche Belange noch Rechte Dritter beeinträchtigt und keine übermäßige Abgabenbelastung begründet, mündet ein solcher Antrag in einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit dem Aufgabenträger und die Einrichtung des Innovationsbereichs durch Rechtsverordnung des Senats. Die Finanzierung der Projekte im Innovationsbereich erfolgt durch Beiträge, die durch die Finanzämter in Anknüpfung an die Grundsteuer von den Grundstückseigentümern erhoben und an den Aufgabenträger weitergeleitet werden. Wegen der näheren Einzelheiten der vorgesehenen gesetzlichen Regelung wird auf den - im Anhang dokumentierten - Referentenentwurf verwiesen.

B. Auftrag und Gang des Gutachtens

Auftrag des nachfolgenden Gutachtens ist es, die Vereinbarkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren mit höherrangigem Recht, d.h. mit einfachem Bundesrecht, mit formellen und materiellen Vorgaben des Grundgesetzes sowie mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht umfassend zu untersuchen.

Der anschließende 2. Teil des Gutachtens geht dieser Aufgabe nach, indem er sich zunächst (A.) um eine Interpretation des vorliegenden Gesetzentwurfs aus sich heraus und um das Herausarbeiten der ihm zugrunde liegenden Konzeption bemüht; Aufgabe des Gutachtens ist es an dieser Stelle, mögliche Lücken oder offene Fragen in dem Entwurf zu erkennen, seine Elemente mit Hilfe der in der deutschen Rechtsordnung bekannten und in jüngerer Zeit neu entwickelten (Public Private Partnership) Institute und rechtlichen Kategorien zu analysieren und so seine Regelungsansätze ggf. im Sinne der erkennbaren Gesamtkonzeption weiterzudenken und auf diese Weise insgesamt den Sachverhalt für die weitere gutachtliche Überprüfung aufzubereiten. Darauf aufbauend soll dann die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht gutachtlich untersucht werden (B.). Insoweit ist zunächst die Vereinbarkeit mit einfachem Bundesrecht und damit zugleich auch die Wahrung der Landesgesetzgebungskompetenz zu überprüfen (I.) Es schließt sich an die Erörterung der materiellen Verfassungsmäßigkeit (II.), die sich der Wahrung des Demokratieprinzips mit Blick auf die Stellung des Aufgabenträgers, der finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Abgabenregelung sowie Grundrechtsproblemen widmet. Abschließend ist die Vereinbarkeit mit Europäischem Gemeinschaftsrecht, insbesondere mit dem Beihilfen- und dem

Vergaberecht, zu untersuchen (III.).

Das Gutachten wird beschlossen durch einen 3. Teil, der die Ergebnisse zusammenfasst.

2. Teil: Rechtliche Bewertung

A. Interpretation und Konzeption des Gesetzes zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren

I. Gesamtkonzeption des Entwurfs

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 Verantwortungsverteilung der beteiligten Akteure lässt sich auf dieser Grundlage wie folgt grob skizzieren: Initiator konkreter Konzepte im Rahmen der gesetzlich umschriebenen Aufgabe ist der Aufgabenträger, eine natürliche oder juristische Person, die bei dieser Initiative auf die Unterstützung durch die Betroffenen und Interessierten (repräsentiert durch die Grundstückseigentümer im Innovationsbereich) angewiesen ist. Als Reaktion auf diese private Initiative beschränkt sich die Rolle der Freien und Hansestadt Hamburg zunächst darauf, das öffentliche Interesse an dem konkreten Konzept, die erforderliche Zustimmung eines Quorums von 30% der Betroffenen und die Eignung des Aufgabenträgers zu überprüfen. Auf der Grundlage eines positiven Ergebnisses dieser Prüfung leistet der Staat sodann Unterstützung bei der Verwirklichung des Konzepts, indem er den Aufgabenträger im Wege eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zur Umsetzung verpflichtet, den erforderlichen finanziellen Beitrag der Betroffenen und Interessierten zwangsweise einzieht und die ordnungsgemäße Verwendung dieser Mittel teils selbst

überwacht, teils durch Transparenz- und Zustimmungspflichten der Kontrolle der Betroffenen unterstellt.

Das dominierende Element der Selbstorganisation wird zusätzlich dadurch gestärkt, dass die Laufzeit konkreter Projekte auf maximal acht Jahre begrenzt ist mit der Folge, dass der Aufgabenträger nach Ablauf dieser Frist auf die erneute Zustimmung der Betroffenen angewiesen ist, wenn er das Projekt weiterführen will.

II. Einzelne Interpretationsprobleme

1. Aufgabenträger

Im Rahmen des so umschriebenen Gesamtkonzeptes kommt dem Aufgabenträger eine zentrale Stellung zu. Die nähere rechtliche Ausgestaltung seiner Position bedarf deshalb einer genaueren Betrachtung.

a. Rechtsstellung und Aufgabenqualität

Was zunächst seine Rechtsstellung und die rechtliche Qualität der von ihm wahrgenommenen Aufgabe angeht, so ist hervorzuheben, dass der Aufgabenträger nicht mit hoheitlichen (Zwangs-)Befugnissen ausgestattet ist. Auch die Aufgabe (Entwicklung, Konkretisierung, Umsetzung des Konzeptes) wird durch das Gesetz nicht als eine (staatliche) Verwaltungsaufgabe definiert. Die Aufgabe bleibt nach der dargestellten Gesamtkonzeption vielmehr eine private, der aufgrund des gesetzlich umschriebenen und exekutiv - durch Rechtsverordnung - konkretisierten öffentlichen Interesses lediglich besondere staatliche Unterstützung und Förderung zuteil wird. Auf der Grundlage der bekannten Institute des Verwaltungsorganisationsrechts

Vgl. zu den Organisationsformen der mittelbaren Staatsverwaltung nur Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2002, § 23.

kann der Aufgabenträger deshalb nicht als Beliehener qualifiziert werden. Auch die sonstigen bekannten und rechtswissenschaftlich ausgeformten Institute der Einschaltung Privater in die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben passen deshalb nicht. Dies gilt insbesondere für den sog. Verwaltungshelfer, weil dieser typischerweise im behördlichen Auftrag und nach Weisung in die Erledigung von Verwaltungsaufgaben eingeschaltet wird.

Näher dazu unten 2. Teil, B. II. 1.

Das Neue an dem vorliegenden Entwurf liegt ersichtlich darin, dass er sich gerade nicht der bekannten Formen und Institute des Verwaltungsorganisationsrechts und der Kooperation zwischen Staat und Privaten bedient, sondern mit seinem Modell staatlich unterstützter und begleiteter privater Selbstorganisation neue Wege geht.

b. Rechte im Verhältnis zu Hoheitsträgern

Einige konkrete Aspekte der Rechtsstellung des Aufgabenträgers können einerseits seinen prinzipiell „privaten“ Status näher ausformen und lassen andererseits mangels präziser Aussagen des Entwurfs Einzelfragen seines Status offen.

Dazu gehört zunächst die Frage nach einem Anspruch des Aufgabenträgers auf Erlass der Rechtsverordnung nach § 5 Abs. 1 des Entwurfs. Die Formulierung „Der Senat *kann* auf Antrag ... einrichten“ spricht gegen einen Anspruch des Aufgabenträgers. Auf der anderen Seite ist nicht ersichtlich, welche Gründe gegen den Erlass der Rechtsverordnung noch ins Feld geführt werden könnten, wenn der Antragsteller die erforderlichen persönlichen Voraussetzungen erfüllt (§ 3 Abs. 1 und 2), wenn 30 % der Grundstückseigentümer zugestimmt haben, wenn das Konzept zur Verwirklichung der Grundsätze nach § 1 und der Ziele nach § 2 geeignet ist, wenn öffentliche und private Belange nicht beeinträchtigt werden und wenn die Abgabepflichtigen nicht unverhältnismäßig belastet werden (§ 4 Abs. 4).

Ebenfalls in diesen Zusammenhang gehört der Informationsanspruch des Aufgabenträgers nach § 3 Abs. 4 des Entwurfs. Er macht deutlich, dass die Voraussetzungen für das Ergreifen privater Initiative rechtlich abgesichert werden sollen. Unklar ist allerdings, gegen wen sich dieser Anspruch richtet.

Schließlich ist für die Stellung des Aufgabenträgers von Bedeutung, ob er für seine Tätigkeit nur kostendeckenden Ersatz oder einen Gewinn erhält. § 7 Abs. 1 sagt zu dieser Frage nur, dass durch die Abgaben „der entstehende Aufwand gedeckt wird“. Nach § 7 Abs. 5 „steht das Abgabenaufkommen dem jeweiligen Aufgabenträger zu“ und wird von diesem „treuhänderisch“ verwaltet. Die entscheidende Frage in diesem Zusammenhang lautet, ob der Entwurf den Vorteil, den der Aufgabenträger als Quartiersansässiger (§ 3 Abs. 1) aus den Maßnahmen zieht, als ausreichenden Anreiz privater Initiative ansieht, oder ob dem Aufgabenträger darüber hinaus ein zusätzlicher Gewinn zustehen soll.

c. *Verhältnis von (potentiellen) Aufgabenträgern zueinander*

Schließlich wird der Status des Aufgabenträgers dadurch beeinflusst, ob er für „seinen“ Innovationsbereich eine gefestigte Stellung in dem Sinne innehat, dass in diesem Bereich keine anderen Aufgabenträger zugelassen werden können. Diese Frage ist nach dem Konzept des Entwurfs zu verneinen, weil das Maßnahmen- und Finanzierungskonzept zwar auf ein bestimmtes Gebiet begrenzt ist, sein Inhalt aber in erster Linie durch die geplanten Maßnahmen bestimmt wird. Deshalb spricht nach dem Entwurf nichts dagegen, dass für ein Gebiet oder Teile eines Gebietes mehrere Innovationsbereiche eingerichtet, gewissermaßen „übereinander“ gelegt werden.

In dem nicht auszuschließenden Fall, dass mehrere Antragsteller für dasselbe Gebiet dieselben oder Maßnahmen vorschlagen, die so ähnlich sind, dass sie nicht parallel verwirklicht werden können (mangels Eignung oder wegen Unverhältnismäßigkeit der dadurch entstehenden Abgabenlast, § 4 Abs. 4), entsteht so eine Konkurrenzsituation mehrerer Antragsteller. Dies ist unausweichliche Folge des Umstandes, dass der Entwurf auf private Initiative setzt. Die Prüfung der Anträge nach § 4 Abs. 4 und die Entscheidung über den Erlass der Rechtsverordnung nach § 5 bekommen in solchen Situationen den Gehalt einer Auswahlentscheidung.

2. *Funktionen und Einflüsse der Freien und Hansestadt Hamburg*

Richtet man den Blick auf die Funktionen und Einflussmöglichkeiten der Freien und Hansestadt Hamburg, so steht die Entscheidung des Senats über die Einrichtung eines Innovationsbereichs in der Form der Rechtsverordnung im Zentrum der Steuerungsinstrumente. Das Ausmaß der Gestaltungsfreiheit des Aufgabenträgers wird - abgesehen von den finanziellen Grenzen, die sich aus der Festlegung des Hebesatzes ergeben - also entscheidend bestimmt durch Inhalt und Steuerungskraft der Rechtsverordnung. Der Entwurf setzt insoweit auf die Festlegung der Ziele und Maßnahmen des Innovationsbereichs (§ 2) durch die Rechtsverordnung. Verwiesen wird dabei auf das Maßnahmen- und Finanzierungskonzept, von dem § 2 Abs. 3 spricht. Zu unterscheiden ist dieses Konzept von dem Maßnahmen- und Wirtschaftsplan, den der Aufgabenträger nach § 6 Abs. 1 aufstellt. Aus dieser Unterscheidung wie auch aus der praktischen Unmöglichkeit, alle Details bereits in dem Konzept, welches bereits mit der Antragstellung vorzulegen ist, festzulegen, folgt der Rahmencharakter des Konzepts. Dieses lässt offensichtlich noch erhebliche Konkretisierungsspielräume, die durch den Aufgabenträger im Zuge der Umsetzung

auszufüllen sind.

Als weiteres Instrument zur Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und dem Aufgabenträger steht der öffentlich-rechtliche Vertrag nach § 5 Abs. 1 zur Verfügung. Hier wäre nach der Gesamtkonzeption des Entwurfs der Ort für weitere Regelungen etwa in Bezug auf die Auszahlungsmodalitäten oder auf Rechte, Erlaubnisse etc., die der Aufgabenträger für die Realisierung seines Konzeptes benötigt. Darüber hinaus hat der öffentlich-rechtliche Vertrag nach § 5 Abs. 1 die Funktion, die (Selbst-)Verpflichtung des antragstellenden Aufgabenträgers rechtlich abzusichern.

Die Kontrolle der Umsetzung des Konzeptes erfolgt in erster Linie durch die Handelskammer Hamburg. Den Maßstab und zugleich den Gegenstand dieser Kontrolle umschreibt der Entwurf mit der „ordnungsgemäßen Geschäftsführung des Aufgabenträgers“. Gemeint ist damit offenbar mehr als eine reine „Rechtsaufsicht“. Durch die Formulierung wird vielmehr deutlich, dass sich die Kontrolle darüber hinaus an gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsmaßstäben im Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen ausrichten soll. Eine Kontrolle durch die Freie und Hansestadt Hamburg selbst ist vermittelt durch die Handelskammer Hamburg: Erst wenn deren Beanstandungen nicht abgeholfen wird, kann die Aufsichtsbehörde den Aufgabenträger abberufen und den öffentlich-rechtlichen Vertrag kündigen.

3. Die Stellung der mitwirkungsberechtigten und abgabepflichtigen Grundstückseigentümer

Ausweislich des § 2 Abs. 1 des Entwurfs ist es das Ziel des Innovationsbereichs, die Attraktivität eines Einzelhandels- und Dienstleistungszentrums für Kunden und Besucher zu erhöhen und die Rahmenbedingungen für die ansässigen Einzelhandels- und Dienstleistungsbetriebe zu verbessern. Die darauf gestützten Maßnahmen sollen also insbesondere den Gewerbetreibenden des Gebiets zugute kommen. Gleichwohl läßt das Gesetz diese nur begrenzt zur Mitwirkung zu (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs). Vielmehr bezieht es im Wesentlichen die Grundstückseigentümer (und ggf. Erbbauberechtigten) als mitwirkungsberechtigte und belastete Private ein. Insbesondere mit Blick auf die Belastungen der Grundstückseigentümer wird insoweit die Recht- und Verfassungsmäßigkeit der Regelungen zu untersuchen sein.

Das Gesetz sieht in verschiedenen Stadien Partizipationsrechte der Grundstückseigentümer als Betroffene vor: Nach § 4 Abs. 1 des Entwurfs erfordert bereits die Antragstellung die

Zustimmung von 15 Prozent der Grundstückseigentümer, die zugleich 15 Prozent der nach Einheitswerten gewichteten Grundstücksflächen repräsentieren; der Widerspruch von 30 Prozent der so gewichteten Grundstückseigentümer führt zur Ablehnung des Antrags (§ 4 Abs. 4 Satz 1 des Entwurfs); das gleiche Widerspruchsquorum gilt für Abweichungen vom Maßnahmen- und Finanzierungskonzept (§ 6 Abs. 2 des Entwurfs). Diese Mitwirkungsrechte werden mit Blick auf die gebotene Legitimation des Innovationsbereichs und der Tätigkeit des Aufgabenträgers Beachtung verdienen. Sie werfen allerdings auch die Frage auf, ob der Rückgriff auf die Grundsteuerdaten zu Zwecken der Gewichtung zulässig ist.

Da der Innovationsbereich kraft ausdrücklicher Regelung in § 3 Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs keine eigene Rechtspersönlichkeit hat und insbesondere nicht körperschaftlich organisiert ist, werden die in einen Innovationsbereich einbezogenen Grundeigentümer nicht Mitglieder im Rechtssinne. Vielmehr erschöpft sich ihre rechtliche Belastung in der durch § 7 des Entwurfs begründeten Abgabepflicht, durch die sie zur Finanzierung der Maßnahmen im Innovationsbereich beitragen; hier liegt deshalb ein zentraler Gegenstand verfassungsrechtlicher Kontrolle des Gesetzentwurfs.

Etwas undeutlich bleibt die Regelung des § 7 Abs. 3 des Entwurfs. Auch wenn ein Grundstück nur einem Innovationsbereich mit einem Teil der Grundstücksfläche zugehört, der andere Teil der Grundstücksfläche außerhalb der Gebietsabgrenzung liegt, wird richtigerweise dieses Grundstück nur mit dem entsprechenden Grundstücksanteil der Abgabepflicht unterworfen werden dürfen. § 7 Abs. 3 des Entwurfs scheint davon auszugehen, dass ein Grundstück mehreren Innovationsbereichen nur mit jeweils verschiedenen Grundstücksflächen zugehören kann; dies widerspräche dem Umstand, dass unter gewissen Voraussetzungen für ein Gebiet auch mehrere Innovationsbereiche begründet werden können.

Siehe oben 2. Teil, I. A. 2. c.

Wenn aber ein Grundstück mehreren Innovationsbereichen zugehört, wird für die Abgabepflicht die jeweils einbezogene Grundstücksfläche maßgeblich sein müssen, so dass ein Grundstück auch mehrfach mit seiner gesamten Fläche der Abgabepflicht unterfallen kann.

4. Befristungsregelung

Die Befristungsregelung in § 9 des Entwurfs schließlich legt ihre in der Sache wohl eindeutige Regelungsintention im Wortlaut etwas missverständlich nieder. Sie kann gelesen

werden, als solle das Gesetz insgesamt frühestens mit der letzten auf § 5 gestützten Rechtsverordnung außer Kraft treten, so dass über die reguläre Geltungsdauer des Gesetzes von acht Jahren hinaus während der Laufzeit einer solchen Rechtsverordnung auch neue Rechtsverordnungen auf das weitgeltende Gesetz gestützt werden könnten, womit das Gesetz der Exekutive der Möglichkeit zur potentiell unbegrenzten Geltungsverlängerung an die Hand gäbe. Treffender wäre wohl zu formulieren, dass das Gesetz nach acht Jahren außer Kraft tritt, auf zuvor erlassene Rechtsverordnungen nach § 5 jedoch bis zu deren Außerkrafttreten anwendbar bleibt.

B. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

I. Landesgesetzgebungskompetenz und Vereinbarkeit mit bundesgesetzlichen Vorgaben

Das im Entwurf vorliegende Gesetz zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren müsste sich als hamburgisches Landesgesetz zunächst im Rahmen der Landesgesetzgebungskompetenz der Freien und Hansestadt Hamburg halten. Nach Art. 70 Abs. 1 GG steht den Ländern das Recht der Gesetzgebung zu, soweit nicht das Grundgesetz dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Wie sich aus Art. 70 Abs. 2 GG ergibt, ist für diese Abgrenzung von Länder- und Bundeszuständigkeiten maßgeblich, inwieweit das Grundgesetz dem Bund ausschließliche oder konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeiten gewährt. In dem – hier von vornherein sicher nicht einschlägigen - Bereich ausschließlicher Bundeszuständigkeiten (vgl. Art. 73 GG) haben die Länder Gesetzgebungsbefugnisse nur, soweit der Bundesgesetzgeber sie ausdrücklich ermächtigt (Art. 71 GG). In den – hier allein näher zu untersuchenden - Bereichen konkurrierender Bundeszuständigkeit hingegen entfällt ihre Zuständigkeit nur insoweit, wie der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz zulässigerweise Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG). Insoweit fällt die Prüfung des Bestehens einer Landesgesetzgebungskompetenz zusammen mit der Untersuchung, ob das fragliche Landesgesetz mit bestehenden, ihrerseits verfassungsgemäßen

Vgl. allerdings BVerfGE 98, 265 (318 ff.), dazu, dass die Sperrwirkung gemäß Art. 72 Abs. 1 GG im Rahmen eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens nicht mit Einwänden gegen die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes im übrigen in Frage gestellt werden könne; das Verfahren der Verfassungsbeschwerde gegen ein Landesgesetz eröffne auch im Rahmen der Überprüfung der Gesetzgebungskompetenz nicht die volle verfassungsgerichtliche Kontrolle über ein Bundesgesetz mit Blick auf Art. 72 Abs. 1 GG; krit. dazu Degenhart, in: Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 72 Rn. 26a.

Bundesgesetzen vereinbar ist.

Das projektierte Gesetz zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren wirft die Frage seiner Vereinbarkeit mit Vorgaben des einfachen Bundesrechts und zugleich des Bestehens einer Landesgesetzgebungskompetenz in verschiedenen, getrennt zu untersuchenden Hinsichten auf.

1. Landesgesetzgebungskompetenz und konkurrierende Sachgesetzgebungszuständigkeit des Bundes

In erster Linie zu untersuchen ist ein möglicher Ausschluß der Landesgesetzgebungskompetenz für das Gesetzesvorhaben durch die Wahrnehmung einer konkurrierenden Sachgesetzgebungszuständigkeit durch den Bund.

a. *Der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG (Bodenrecht) und seine Wahrnehmung im Baugesetzbuch*

In Betracht kommt die Wahrnehmung der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für das Bodenrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 i.V.m. Art. 72 Abs. 2 GG) im Baugesetzbuch.

aa. Reichweite der Inanspruchnahme der konkurrierenden Bundesgesetzgebungszuständigkeit

Die kompetenzielle Grundlage des Baugesetzbuchs bildet der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 BauGB, namentlich die dort u.a. genannte Materie des Bodenrechts. Die Reichweite dieses Kompetenztitels war unter dem Grundgesetz anfangs umstritten. Die Bundesregierung sah hierin zunächst eine umfassende Bundesgesetzgebungszuständigkeit für das gesamte Baurecht begründet.

Vgl. BVerfGE 3, 407 (413).

In seinem Rechtsgutachten aus dem Jahr 1954, das bis heute maßgeblich die Kompetenzverteilung im Baurecht bestimmt, hat das Bundesverfassungsgericht diese Auffassung deutlich zurückgewiesen und eine engere Definition von Bodenrecht hergeleitet. Bodenrecht erfaßt danach „nur solche Vorschriften, die den Grund und Boden unmittelbar zum Gegenstand rechtlicher Ordnung haben, also die rechtlichen Beziehungen des Menschen zum Grund und Boden regeln.“

BVerfGE 3, 407 (424).

Im einzelnen hat das Gericht auf diesen Kompetenztitel des „Bodenrechts“ insbesondere die

konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für die städtebauliche Planung sowie die Baulandumlegung und Zusammenlegung von Grundstücken gestützt.

BVerfGE 3, 407 (423 ff.).

Die hier näher interessierende Gesetzgebungskompetenz für die städtebauliche Planung stößt dabei an Grenzen, wo sie über eine bloße Auffang- und Angebotsplanung hinaus auch eine Entwicklungsplanung beinhaltet, die auf tatsächliche Umsetzung der Planungsziele angelegt ist. Gerade mit Blick hierauf ist schon früh betont worden, dass städtebauliche Planung zwar mit vielen anderen kommunalen Interessen verwoben ist, diese anderen Bereiche aber nicht als ganze umfasst; dem Bund fehle deshalb die Kompetenz zur Regelung einer integrierenden Stadtentwicklungsplanung, die als kommunalrechtlicher Regelungsgegenstand Ländersache sei.

Schmidt-Aßmann, Probleme des modernen Städtebaurechts in verfassungsrechtlicher Sicht, DVBl. 1972, 627 (630).

Hierauf gestützt wird dem Bundesgesetzgeber die Regelung einer allgemeinen - über die bauliche Entwicklung in der Gemeinde hinausgreifenden - Stadtentwicklungsplanung, die etwa die Wirtschaftsplanung mitumfasst, kompetenziell versagt.

Maunz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar (Stand: 42. Lieferung, Februar 2003), Art. 74 Rn. 203; Degenhart, in: Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 74 Rn. 65; Oeter, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 4. Aufl. 2000, Art. 74 Rn. 160.

Um die Reichweite der Sperrwirkung mit Blick auf das hier fragliche Gesetz zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren genauer zu untersuchen, ist ein Blick vor allem auf jene Regelungsabschnitte des BauGB zu werfen, die am ehesten Sachnähe zu den Regelungen dieses Landesgesetzes aufweisen. Noch keine Gefahr inhaltlicher Überschneidung besteht insoweit im Verhältnis zu den Bestimmungen über die Bauleitplanung, durch die die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke in der Gemeinde vorbereitet und geleitet wird (vgl. § 1 Abs. 1 BauGB); die in dem Gesetz zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren angestrebten Ziele (§§ 1, 2 Abs. 1 Entwurf) und vorgesehenen Maßnahmen (§ 2 Abs. 2 Entwurf) lassen die für die fraglichen Gemeindegebiete bestehenden städtebaulichen Planungen unangetastet, bauen hierauf vielmehr ggf. erst auf. Konflikträchtiger ist das Verhältnis zu den Regelungen des besonderen Städtebaurechts namentlich über die städtebauliche Sanierung (§§ 136 ff. BauGB) und die städtebauliche Entwicklungsmaßnahme (§§ 165 ff. BauGB). Zutreffend werden beide Planungsinstrumente –

im Gegensatz zur Bauleitplanung – als Umsetzungen des Prinzips der Entwicklungsplanung, die die städtebauliche Entwicklung nicht der Verwirklichung durch die gesellschaftlichen Kräfte überlassen, sondern selbst tatsächlich herbeiführen will, und als städtebauliche Gesamtmaßnahme gekennzeichnet, die zur Erreichung dieses Ziels von der öffentlichen Hand veranlaßt, geleitet und verantwortet wird und regelmäßig unter Einsatz öffentlicher Mittel durchgeführt wird.

Brohm, Baurecht, 3. Aufl. 2002, § 33 Rn. 1.

Beide Instrumente des besonderen Städtebaurechts dienen der Bewältigung spezifischer, schwieriger städtebaulicher Problemlagen in einzelnen Teilen des Gemeindegebiets. Sanierungsmaßnahmen dienen der Behebung städtebaulicher Missstände, die in Gestalt entweder einer sog. Substanzschwäche (§ 136 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BauGB) oder einer sog. Funktionsschwäche (§ 136 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BauGB) auftreten können. In Abgrenzung hierzu dient die Entwicklungsmaßnahme der Schaffung von etwas „Neuem“, sei es in Gestalt einer Außenentwicklungsmaßnahme, durch die ein Teil des Gemeindegebiets erstmalig städtebaulich entwickelt werden soll (§ 165 Abs. 2 Alt. 1 BauGB), sei es in Gestalt einer Innenentwicklungsmaßnahme, die einen Teil des Gemeindegebiets einer neuen städtebaulichen Entwicklung zuführen soll (§ 165 Abs. 2 Alt. 2 BauGB). Danach rückt die sog. Funktionsschwächenanierung hier in das Zentrum des Interesses. Zu ihrer Rechtfertigung soll eine erhebliche Beeinträchtigung des Gebiets in Bezug auf ihm zukommende bzw. im Hinblick auf Struktur und Funktion zukünftig zgedachte Aufgaben im Sinne eines Soll-Ist-Vergleichs erforderlich sein.

BVerwG, NVwZ 1985, 184; Bielenberg, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch. Kommentar (Stand: 1. Febr. 2004), § 136 Rn. 37; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 136 Rn. 18 f.

Das Vorliegen städtebaulicher Missstände soll dabei u.a. mit Blick auf die Funktionsfähigkeit des Gebiets in bezug auf die wirtschaftliche Situation und Entwicklungsfähigkeit eines Gebiets unter Berücksichtigung seiner Versorgungsfunktion im Verflechtungsbereich beurteilt werden (§ 136 Abs. 3 Nr. 2 b BauGB). Eventuell erforderliche Sanierungsmaßnahmen sollen u.a. auch dazu beitragen, dass die Verbesserung der Wirtschafts- und Agrarstruktur unterstützt wird (§ 136 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 BauGB); dies soll vor allem durch Verbesserungen der Rahmenbedingungen für private Investitionen, die Ansiedlung von Gewerbe- und Versorgungsbetrieben und die Schaffung von Arbeitsplätzen geschehen können.

Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 136 Rn. 18 f.

bb. Abgrenzung der Sachregelungen des Gesetzes zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren

Diesem auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 BauGB gestützten Instrument des besonderen Städtebaurechts des Bundes erscheinen die vorgesehenen Regelungen des Gesetzes zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren auf den ersten Blick in manchen Hinsichten verwandt. Zunächst lassen sie sich ebenfalls als ein Instrument der Entwicklungsplanung verstehen. Darüber hinaus ähneln sie der Funktionsschwächesanierung darin, dass die Maßnahmen sich auf bestimmte, begrenzte Teile des Gemeindegebiets mit besonderem Bedarf an Weiterentwicklung beziehen. Schließlich zielen sie gerade – wie das beim Sanierungsverfahren jedenfalls auch der Fall sein kann – auf eine Stärkung von Einzelhandels- und Dienstleistungszentren in ihrer Funktion.

Bei näherer Betrachtung unterscheidet sich das vorgesehene Landesgesetz jedoch von der Regelung der §§ 136 ff. BauGB deutlich darin, dass ihm der – dort kompetenziell notwendige – städtebauliche Bezug hinsichtlich der Rechtfertigung und Zielsetzung sowie des Inhalts der Maßnahmen nicht eigen ist. Das gilt zunächst mit Blick auf den Grund des entwicklungsplanerischen Eingreifens: Während das Sanierungsverfahren einen bodenrechtlich relevanten, städtebaulichen Missstand voraussetzt, der u.a. auch liegen kann in der unzureichenden Erfüllung einer bauleitplanerisch vorgegebenen Versorgungsfunktion für das jeweilige Gebiet oder den sog. Verflechtungsbereich, geht es dem vorliegenden Gesetzentwurf um eine Stärkung gewachsener urbaner Einzelhandels- und Dienstleistungszentren (vgl. §§ 1 Satz 1, 2 Abs. 1 Entwurf), ohne dass ein städtebaulich relevanter Funktionsmangel vorliegen müsste. Entsprechend geht es bei der auch hier mitbedachten Versorgung der Bevölkerung (vgl. § 1 Satz 1 Entwurf) nicht um die Erfüllung einer bauleitplanerisch zugewiesenen Versorgungsfunktion für bestimmte Gemeindegebiete und deren Wohnbevölkerung, sondern um die Versorgung der Bevölkerung insgesamt (vgl. § 1 Satz 1 Entwurf) bzw. die Versorgung von Kunden und Besuchern des Einzelhandels- und Dienstleistungszentrums, und umgekehrt wird das – ebenfalls nicht städtebauliche - Ziel einer Verbesserung der Rahmenbedingungen für dort ansässige Betriebe betont (§ 2 Abs. 1 Entwurf). Dieser abweichenden Zielsetzung entsprechend ist der Entwurf auch hinsichtlich der zulässigen Maßnahmen im Vergleich zum Sanierungsverfahren, das zu seiner Durchführung nur die näher geregelten Ordnungs- und Baumaßnahmen kennt (§§ 146 ff. BauGB), weitaus offener, indem er etwa auch das Erbringen von Dienstleistungen, die Durchführung gemeinschaftlicher Werbemaßnahmen oder die Organisation von

Veranstaltungen vorsieht (§ 2 Abs. 2 Entwurf).

Regelungsgegenstand des Entwurfs eines Gesetzes zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren ist danach nicht eine städtebauliche, d.h. auf bodenrechtlich relevante Probleme beschränkte Entwicklungsplanung, sondern eine auf einzelne Standorte bezogene Verbesserung der Wirtschaftsstruktur. Es geht damit der Sache nach um Maßnahmen lokaler Wirtschaftsförderung.

b. Der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft)

Unter den Kompetenztiteln der konkurrierenden Bundesgesetzgebungszuständigkeit kommt danach weiter Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) in Betracht. Hierunter werden – in einer weit gefassten Definition – alle Normen verstanden, die das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regeln,

BVerfGE 8, 143 (148 f.); 55, 274 (308); 68, 319 (330).

und zwar nach vorherrschender Auffassung ohne Begrenzung auf die im Klammerzusatz hervorgehobenen Wirtschaftszweige.

Maunz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar (Stand: 42. Lieferung, Februar 2003), Art. 74 Rn. 135; Piroth, in: Jarass/Piroth, GG, 7. Aufl. 2004, Art. 74 Rn. 22. Unentschieden insoweit BVerfGE 68, 319 (331).

Darunter sollen namentlich auch Gesetze mit wirtschaftsregulierendem und -lenkendem Inhalt

BVerfGE 4, 7 (13); 68, 319 (330).

und damit auch Gesetze wirtschaftsfördernden Inhalts fallen.

Kunig, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 3, 5. Aufl. 2003, Art. 74 Rn. 45.

Danach erscheint kaum zweifelhaft, dass auch Regelungen zur Förderung der Wirtschaft, namentlich von Handel und Gewerbe, in einzelnen Stadtquartieren, wie der Entwurf des Gesetzes zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren sie enthält, von diesem Kompetenztitel umfasst sind.

Dass der Bund von dieser konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit in einer Weise Gebrauch gemacht hätte, die dem geplanten Landesgesetz entgegenstehen könnte, ist jedoch nicht ersichtlich. Gemäß Art. 72 Abs. 1 GG ist deshalb insoweit die Landesgesetzgebungskompetenz unberührt geblieben.

2. Landesgesetzgebungskompetenz für die Abgabenregelung

Soweit § 7 des Entwurfs eines Gesetzes zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren die Erhebung einer Abgabe von den Grundstückseigentümern der im Innovationsbereich belegenen Grundstücke zum Ausgleich des dadurch entstehenden wirtschaftlichen Vorteils vorsieht, stellt sich weiter die gesonderte Frage der Vereinbarkeit mit Abgabengesetzgebungszuständigkeiten des Bundesgesetzgebers bzw. mit vorhandenen Regelungen des bundesgesetzlich geregelten Abgabenrechts.

a. *Steuergesetzgebungskompetenz gemäß Art. 105 Abs. 2 GG*

Vorrangig zu untersuchen ist die kompetenzielle Zulässigkeit der Regelung in § 7 des Entwurfs eines Gesetzes zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren mit Blick auf die besondere Regelung der Steuergesetzgebungskompetenz in Art. 105 GG.

aa. Steuer i.S.d. Art. 105 GG?

Insoweit ergibt sich ein erstes, fundamentales Problem daraus, dass Art. 105 GG - da er die Gesetzgebungskompetenz allein für Steuern im Unterschied zu sonstigen, nichtsteuerlichen Abgaben regelt - von vornherein nur dann die einschlägige Kompetenzbestimmung ist, wenn es sich bei der Abgabe nach § 7 des Entwurfs um eine Steuer handelt. Maßgeblich dafür ist ein – in Art. 105 ff. GG vorausgesetzter – Steuerbegriff, der zwar als ein eigenständiger verfassungsrechtlicher Begriff gilt, jedoch an den traditionellen, in § 3 Abs. 1 AO niedergelegten Steuerbegriff anknüpft.

BVerfGE 55, 274 (299); 67, 256 (282).

Steuern im Sinne des Art. 105 GG sind danach Geldleistungen, die von einem erhebungsberechtigten Gemeinwesen voraussetzungslos zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs hoheitlich auferlegt werden.

Jachmann, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 4. Aufl. 2001, Art. 105 Rn. 3. Vgl. auch Jarass, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, 1999, S. 6, mit dem Hinweis, der verfassungsrechtliche Steuerbegriff reiche teils etwas über § 3 Abs. 1 AO hinaus.

(1) Hoheitliche Auferlegung einer in den Haushalt fließenden Geldleistung

Unbedenklich ist hier die hoheitliche Auferlegung einer Geldleistung zu bejahen. Die in Geld

zu leistende Abgabe soll auf landesgesetzlicher Grundlage hoheitlich, ohne Rücksicht auf den Willen der Verpflichteten,

Jachmann, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 4. Aufl. 2001, Art. 105 Rn. 3.

erhoben werden. Nicht ganz unumstritten ist freilich, was das weitere, konkretisierende Merkmal der Auferlegung durch ein erhebungsberechtigtes öffentlich-rechtliches Gemeinwesen fordert. Über das Erfordernis der gesetzlichen Auferlegung oder des verwaltungsmäßigen Vollzugs hinaus wird darauf abgestellt, dass die Abgabe einer potentiell ertragsberechtigten Körperschaft, d.h. Bund, Ländern, Gemeinden bzw. Gemeindeverbänden sowie Religionsgemeinschaften mit dem Status einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft zufließt.

Jachmann, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 4. Aufl. 2001, Art. 105 Rn. 5.

Hiervon ausgehend wird richtigerweise - wie es bereits der allgemeinere, übergeordnete Begriff der Abgabe voraussetzt -

BVerfGE 13, 181 (198): „Unter Abgaben werden ... alle Geldleistungen ... verstanden, die der Staat oder andere Körperschaften zur Erzielung von Einnahmen kraft öffentlichen Rechts in Anspruch nehmen.“ In der Lit. vgl. etwa Henneke, Öffentliches Finanzwesen. Finanzverfassung, 2. Aufl. 2000, Rn. 271.

gefordert, dass die auferlegte Geldleistung überhaupt eine staatliche Einnahme begründet. Keine Steuer soll deshalb jedenfalls dann vorliegen, wenn die aufgebrachten Beträge unmittelbar und unverzüglich einem Privatrechtssubjekt zufließen.

Drüen, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 3 AO Rn. 15; Jarass, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, 1999, S. 8.

Die Qualifikation als Steuer - und überhaupt als Abgabe - wäre damit hier wohl abzuspochen, wenn die Abgabe gemäß § 7 des Entwurfs nicht zunächst der Freien und Hansestadt Hamburg, sondern unmittelbar dem Aufgabenträger als Privatrechtssubjekt zufließen sollte. § 7 Abs. 5 des Gesetzentwurfs sagt dazu, dass die Abgabe vom zuständigen Finanzamt erhoben wird, das Aufkommen - mit Ausnahme einer Erhebungspauschale - jedoch dem jeweiligen Aufgabenträger zusteht und von diesem treuhänderisch und abgedehnt von seinen eigenen Mitteln verwaltet wird. Mit dieser Regelung wird klargestellt, dass das Abgabenaufkommen zunächst in den staatlichen Haushalt fließen soll und sodann dem Aufgabenträger gerade nicht als Privatem zu freiem Belieben zusteht, sondern von ihm treuhänderisch zu verwalten und gemäß den Vorgaben des Gesetzes, der Rechtsverordnung

und des Maßnahmen- und Finanzierungskonzepts bzw. des Maßnahmen- und Wirtschaftsplans für die öffentlichen Zwecke des Innovationsbereichs zu verwenden ist.

Vgl. allgemein zur Rechtsnatur staatlicher Treuhandvermögen Puhl, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 135; Liebich/Mathews, Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft, 2. Aufl. 1983, S. 408 ff.

Die Abgabe wird also zugunsten der Erfüllung einer – unter Einschaltung dieses Privaten zu erfüllenden – öffentlichen Aufgabe erhoben. Bei der gebotenen Beurteilung des materiellen Gehalts der Regelung ist deshalb davon auszugehen, dass hier eine Geldleistung hoheitlich auferlegt wird, die keine private Einnahme, sondern eine Einnahme zur Erfüllung öffentlicher Zwecke und insofern eine staatliche Einnahme begründet.

Vgl. auch BVerfGE 78, 249 (269 f.), wo sich das Gericht bei der Beurteilung der Fehlbelegungsabgabe durch die gesetzlich angeordnete Zuführung zu einem Treuhandvermögen nicht an der Qualifikation als (Abschöpfungs-)Abgabe gehindert gesehen hat; dazu Jarass, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, 1999, S. 35.

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht verschiedentlich Abgaben die Steuerqualität von vornherein deshalb abgesprochen, weil die Einnahmen nicht im staatlichen Haushalt, d.h. in dem Haushalt einer ertragsberechtigten Körperschaft verblieben, sondern einem hiervon gesonderten Fonds zuflossen.

Vgl. BVerfGE 55, 274 (309 f.); 57, 139 (166); 91, 186 (201). Vgl. in diesem Zusammenhang zuletzt BVerfGE 108, 186 (213).

Diese Entscheidungen werden teilweise wohl so verstanden, als fehle es hier schon am Merkmal einer staatlichen Einnahme.

Jarass, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, 1999, S. 7.

Demgegenüber wird jedoch mit Recht darauf hingewiesen, dass dies richtig erst als eine Frage des nachfolgenden Merkmals des Steuerbegriffs, nämlich des Zwecks der Erzielung von Einnahmen zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs verstanden werden könne.

Vgl. die Kritik bei Birk, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Abgabenordnung. Finanzgerichtsordnung, Kommentar (Stand: Sept. 2003), § 3 AO Rn. 40; Drüen, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 3 AO Rn. 15a f.; Maunz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar (Stand: 42. Lieferung, Februar 2003), Art. 105 Rn. 11; Schiller, Sonderabgaben mit einer wirtschaftslenkenden Antriebs- und Sanktionsfunktion in der Wirtschafts- und Finanzverfassung des Grundgesetzes, 2000, S. 65.

(2) Zweck der Erzielung von Einnahmen für den allgemeinen Finanzbedarf

Das Bundesverfassungsgericht verlangt nämlich weiter, dass eine Steuer der „Erzielung von Einnahmen für den allgemeinen Finanzbedarf eines öffentlichen Gemeinwesens“ dienen müsse.

BVerfGE 82, 159 (178); 91, 186 (201).

Dass im vorliegenden Fall ein Einnahmezweck – und nicht nur ein Lenkungsziel –

Dazu, dass ein ausschließlicher Lenkungsziel die Annahme einer Steuer ausschließt, vgl. etwa Vogel, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 2. Aufl. 1999, § 87 Rn. 54; Jarass, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, 1999, S. 7.

verfolgt wird, ist offenkundig. Weiter wirft auch kein Problem auf, dass das Bundesverfassungsgericht gefordert hat, die Geldleistung müsse der endgültigen Erzielung von Einkünften dienen;

BVerfGE 67, 256 (283); vgl. auch bereits BVerfGE 4, 7 (17); 36, 66 (70); 55, 274 (305).

diese Forderung zielte auf den Ausschluß von Abgaben, die von vornherein auf Rückgewähr an den Abgabepflichtigen angelegt sind, was hier nicht der Fall ist. Näher zu untersuchen ist jedoch, ob es hier um – wie das Gericht voraussetzt - Einnahmen zur Deckung des „allgemeinen“ Finanzbedarfs geht.

Insofern steht allerdings der Umstand, dass das Aufkommen einer Abgabe zweckgebunden für die Finanzierung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe zu verwenden ist, für sich noch nicht zwingend der Qualifikation als Steuer entgegen.

Vgl. BVerfGE 7, 244 (254); 49, 343 (353 f.); 65, 325 (344); 93, 319 (348).

Vielmehr kann es sich um eine sog. Zwecksteuer handeln, für die kennzeichnend ist, dass ihr Aufkommen haushaltsrechtlich verwendungsgebunden ist für die Finanzierung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe, ohne dass dies – was sogleich zu erörtern sein wird – den Charakter einer individuellen Gegenleistung oder eines gruppenbezogenen Vorteils zugunsten der Abgabepflichtigen hat.

Vgl. Jachmann, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 4. Aufl. 2001, Art. 105 Rn. 4.

Die Steuereigenschaft könnte hier jedoch bereits deshalb entfallen, weil die Einnahmen nicht

im staatlichen Haushalt verbleiben, sondern einer rechtlich gesonderten Verwaltung zugeführt werden.

Das Aufkommen der Abgabe gemäß § 7 des Entwurfs soll zunächst in den staatlichen Haushalt eingestellt werden. Allerdings kommt es für die abgabenrechtliche Einordnung richtigerweise auf die haushaltsmäßige Behandlung ausschlaggebend nicht an (vgl. Heintzen, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 3, 5. Aufl. 2003, Art. 105 Rn. 11 [m.w.N.]). Zwar müssen Steuereinnahmen zwingend in den staatlichen Haushalt fließen (Jarass, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, 1999, S. 35). Umgekehrt kann aber nicht aus der haushaltsrechtlichen Behandlung, sondern nur mit Rücksicht auf den materiellen Gehalt beurteilt werden, ob Einnahmen dem Staatshaushalt für die Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs durch eine gesonderte Verwaltung entzogen sind. Zu verschiedenen Konstellationen vgl. einerseits BVerfGE 18, 315 (328): „Der Staat erhebt die Abgabe nicht für sich; er stellt sie deshalb auch nicht als Einnahme in seinen Haushalt ein; er tritt nur als Vermittler der innerhalb dieses geschlossenen Wirtschaftskreises erfolgenden Zahlungen auf“, andererseits BVerfGE 93, 319 (348): „Das Aufkommen aus den Wasserentnahmeabgaben fließt sowohl in Baden-Württemberg als auch in Hessen in den jeweiligen Landeshaushalt. Zwar ist in § 6 Abs. 1 Satz 1 HGruWAG eine Zweckbindung des Aufkommens vorgesehen. Doch entbindet dies nicht von der Pflicht, das Aufkommen in den Haushalt einzustellen.“ Zur haushaltsrechtlichen Behandlung von Treuhandvermögen des Bundes vgl. Puhl, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 135 f., 203 ff.

In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht Abgaben die Steuereigenschaft abgesprochen, wenn die Geldleistung in einem besonderen Fonds oder Sondervermögen verwaltet wird.

BVerfGE 18, 315 (328); 37, 1 (16); 57, 139 (166).

In Betracht kommen insoweit verschiedene Gestaltungsformen, namentlich eine Verwaltung des Abgabenaufkommens durch einen innerhalb der Ministerialverwaltung gebildeten Fonds, durch ein nichtrechtsfähiges Sondervermögen zur Fondsverwaltung oder auch durch eine rechtlich verselbständigte, rechtsfähige Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts.

Vgl. zu diesen verschiedenen Organisationsformen der Fondsverwaltung (bei Sonderabgaben) Schiller, Sonderabgaben mit einer wirtschaftslenkenden Antriebs- und Sanktionsfunktion in der Wirtschafts- und Finanzverfassung des Grundgesetzes, 2000, S. 104 ff.

Entscheidend erscheint, dass auf Grund der gesonderten Verwaltung das Aufkommen nicht dem allgemeinen Finanzbedarf des Staates zur Verfügung steht. Eine entsprechende Beurteilung könnte hier auf Grund der Regelung in § 7 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 S. 2 und 3 des Entwurfs geboten sein, wonach das Abgabenaufkommen dem Aufgabenträger zusteht und von diesem treuhänderisch zu verwalten und für die Zwecke des Innovationsbereichs einzusetzen ist. Die Regelung unterscheidet sich von den bundesverfassungsgerichtlich

beurteilten Konstellationen darin, dass die haushaltmäßige Absonderung nicht innerhalb der staatlichen Organisation, sondern durch – treuhänderisch gebundene – Auslagerung in den privaten Bereich erfolgt. Dies ist eine Folge des besonderen, auf eine Public Private Partnership angelegten Konzepts des Entwurfs. Diese Konstruktion ist jedoch der Verselbständigung in Fonds oder Sondervermögen bei einer gebotenen materiellen Betrachtung darin ähnlich, dass das Abgabenaufkommen nicht bei der erhebenden Körperschaft zur Deckung ihres allgemeinen Finanzbedarfs verbleibt, sondern allein für die Finanzierung der rechtlich verselbständigt wahrgenommenen besonderen öffentlichen Aufgabe zur Verfügung steht. Ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird man daher schon aus diesem Grund die Abgabe gemäß § 7 des Entwurfs nicht als Steuer qualifizieren können.

(3) Voraussetzungslosigkeit

Darüber hinaus liegt eine Steuer nur vor, wenn die Abgabe voraussetzungslos erhoben wird, d.h. keine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellt (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1 AO). Zwar liegt auch Steuern der Gedanke einer – mittelbaren – Gegenleistung zugrunde, wie insbesondere in der rechtfertigenden Heranziehung des Äquivalenzprinzips zum Ausdruck kommt.

Drüen, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 3 AO Rn. 18b.

Namentlich die schon erwähnten Zwecksteuern stehen zu bestimmten Leistungen und Verwaltungszwecken des Abgabeberechtigten in Beziehung; jedoch darf die Erfüllung der durch sie finanzierten öffentlichen Aufgaben nicht den Charakter einer Gegenleistung gewinnen, weshalb bei Zwecksteuern der Kreis der Abgabepflichtigen auch nicht auf solche Personen begrenzt ist, die einen wirtschaftlichen Vorteil aus dem öffentlichen Vorhaben ziehen.

BVerfGE 49, 343 (353 f.); 65, 325 (344); Henneke, Öffentliches Finanzwesen. Finanzverfassung, 2. Aufl. 2000, Rn. 415.

Auch bei den Zwecksteuern liegt deshalb Voraussetzungslosigkeit oder Gegenleistungsunabhängigkeit in dem Sinne vor, dass die mit der Abgabe finanzierte öffentliche Leistung keine unmittelbare bzw. konkrete Gegenleistung darstellt. Gegenleistungsabhängigkeit in diesem Sinne besteht, wenn eine staatliche Leistung oder Maßnahme individuell zugerechnet werden kann, weil der einzelne Abgabenschuldner einen

Anspruch auf sie hat oder die Abgabepflicht durch sie bedingt ist.

Drüen, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 3 AO Rn. 18a.

Für die Beurteilung der hier fraglichen Abgabe ist zunächst davon auszugehen, dass ihre Erhebung abhängig ist von der Errichtung eines Innovationsbereichs, in dem nach Maßgabe des Maßnahmen- und Finanzierungsplans bestimmte Maßnahmen zur Erreichung der Ziele nach § 2 Abs. 1 des Entwurfs durchzuführen sind; insofern ist die Abgabe durch eine staatlich verantwortete Maßnahme bedingt. Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs wird die Abgabe zum Ausgleich des Vorteils, der durch die Errichtung und die Maßnahmen des Innovationsbereichs entsteht, erhoben und zur Deckung des dadurch entstehenden Aufwandes verwandt; in dieser Regelung bringt der Gesetzgeber selbst zunächst einen unmittelbaren Bezug auf eine konkrete Gegenleistung bzw. einen konkreten korrespondierenden Vorteil zum Ausdruck. Hinzu kommt, dass die Abgabe von den Grundstückseigentümern der im Innovationsbereich belegenen Grundstücke erhoben wird, worin die gesetzgeberische Annahme zum Ausdruck kommt, dass diese die Begünstigten sind; diese Übereinstimmung zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem Kreis der angenommenen Begünstigten, denen der aus dem Abgabenaufkommen finanzierte Vorteil als Gegenleistung zukommen kann, indiziert die Gegenleistungsabhängigkeit der Abgabe. Insgesamt erweist sich damit die Abgabe gemäß § 7 des Entwurfs als gegenleistungsabhängig. Auch aus diesem Grund ist sie also nicht als Steuer anzusehen.

bb. Verdrängung durch die bundesgesetzlich geregelte Grundsteuer?

Ausgehend von der vorläufigen Unterstellung, es handele sich bei der Abgabe entgegen dem Ergebnis der bisherigen Überlegungen doch um eine Steuer i.S.v. Art. 105 GG, sei – als ergänzende Überlegung – die Untersuchung angeschlossen, ob ihrer landesgesetzlichen Begründung die konkurrierende Bundesgesetzgebungszuständigkeit gemäß Art. 105 Abs. 2 GG entgegenstünde.

Das ist der Fall, wenn der Bund eine Steuer gleichen Typs geregelt und damit von seiner Gesetzgebungskompetenz mit Ausschlusswirkung für eine entsprechende Landessteuer Gebrauch gemacht hat.

Vgl. Jachmann, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 4. Aufl. 2001, Art. 105 Rn. 3.

Daraus folgt ein sog. Gleichartigkeitsverbot, durch das der Steuerbürger vor mehrfacher Belastung des gleichen Steuerobjekts und der Bund vor paralleler Inanspruchnahme und Entwertung der ihm zugewiesenen Steuerquellen geschützt werden soll.

Vgl. Jachmann, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 4. Aufl. 2001, Art. 105 Rn. 42.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt entscheidend ab auf die Gleichartigkeit der steuerbegründenden Tatbestände, wobei im einzelnen auf Steuergegenstand, Steuermaßstab, Steuerschuldner, Art der Erhebung und wirtschaftliche Auswirkungen bzw. ausgeschöpfte Quellen wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit hingewiesen wird.

Vgl. u.a. BVerfGE 7, 244 (260); 13, 181 (193); 49, 343 (355); 65, 325 (351). In der Literatur vgl. Lang, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 17. Aufl. 2002, § 3 Rn. 33; Jachmann, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 4. Aufl. 2001, Art. 105 Rn. 43.

Insbesondere soll von Bedeutung sein, ob dieselbe Quelle wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ausgeschöpft wird.

Vgl. Jachmann, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 4. Aufl. 2001, Art. 105 Rn. 43.

Als die Landesgesetzgebungskompetenz verdrängende, der Abgabe gemäß § 7 des Entwurfs gleichartige Steuer kommt hier die Grundsteuer in Betracht, deren Eigenart somit zu untersuchen ist. Ihr Steuerobjekt ist der im Gemeindegebiet belegene Grundbesitz,

BVerfGE 49, 343 (355); Birk, Steuerrecht, 6. Aufl. 2003, Rn. 87; Seer, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 17. Aufl. 2002, § 13 Rn. 205.

ihre Bemessungsgrundlage der Objektwert des Grundstücks nach Maßgabe des gesondert festgestellten Einheitswerts, auf den durch Multiplikation mit der Steuermesszahl der Hebesatz der Gemeinde angewandt wird.

Seer, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 17. Aufl. 2002, § 13 Rn. 210.

Die Grundsteuer wird als Soll-Ertragssteuer gekennzeichnet.

Birk, Steuerrecht, 6. Aufl. 2003, Rn. 85, 87; Seer, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 17. Aufl. 2002, § 13 Rn. 201. Vgl. auch BVerfGE 65, 325 (353): „Ertragsfähigkeit des Grundbesitzes als einer möglichen Einnahmequelle“.

Die Frage nach der ausgeschöpften Quelle wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit hat das Bundesverfassungsgericht mit dem Hinweis beantwortet, die Grundsteuer als Objektsteuer

ziele wirtschaftlich auf die durch den Besitz sogenannten fundierten Einkommens vermittelte Leistungskraft.

BVerfGE 65, 325 (353). Vgl. auch BVerfGE 93, 121 (139), zur Vermögensteuer.

Die hier herangezogene Rechtfertigung der Grundsteuer aus der sog. Fundustheorie wird freilich verbreitet kritisiert, weil der Grundbesitz keine nicht bereits von anderen Steuern erfasste Leistungsfähigkeit verkörpere und sich als Indikator für Leistungsfähigkeit nicht spezifisch anbiete.

Vgl. etwa Tipke, Die Steuerrechtsordnung, Bd. 2, 1993, S. 813; Birk, Steuerrecht, 6. Aufl. 2003, Rn. 87.

Statt dessen wird überwiegend auf das Äquivalenzprinzip verwiesen und die Rechtfertigung in der Kompensation von Aufwendungen der Gemeinde für Infrastrukturleistungen wie Straßen, Grünanlagen und andere öffentliche Einrichtungen gesehen, die vor allem durch die Nutzung des Grundbesitzes ausgelöst werden und für die Gebühren und Beiträge nicht erhoben werden.

Seer, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 17. Aufl. 2002, § 13 Rn. 202. Vgl. auch die Stellungnahme der Steuerreformkommission aus dem Jahr 1971, auszugsweise wiedergegeben bei Troll, Grundsteuergesetz, 7. Aufl. 1997, S. 38 (39).

Diese Rechtfertigung wird besonders deutlich, wenn die Steuer differenziert nach den jeweils auftretenden Kosten für einen Teil des Gemeindegebiets mit unterschiedlichem Hebesatz erhoben wird. In diesem Sinne ist in der Reformdiskussion um die Grundsteuer vorgeschlagen worden, den Gemeinden das Recht zu geben, durch Satzung im Gemeindegebiet Zonen mit unterschiedlichen Hebesätzen für die Grundsteuer zu bilden, um auf diese Weise bodenpolitische Zielsetzungen verfolgen zu können.

Drosdzol, Grundsteuer – Möglichkeiten einer Neuregelung, DStZ 1999, 831 (833, 836).

Ein derartige Staffelung von Realsteuern hat das Bundesverfassungsgericht für die Gewerbesteuer - die es ausdrücklich damit gerechtfertigt hat, dass sie einen Ausgleich für die den Gemeinden aus dem Vorhandensein von Gewerbebetrieben entstehenden Belastungen und Aufwendungen bilden sollen - gebilligt; es erwähnte ohne Beanstandung eine Regelung, wonach die Gemeinden die Hebesätze für die Realsteuern für einen Teil des Gemeindebezirks oder für eine Gruppe von Steuergegenständen höher als die allgemeinen Hebesätze festsetzen, soweit der Gemeinde Kosten durch Einrichtungen entstehen, die ausschließlich oder in besonders hervorragendem Maße diesem Teil des Gemeindebezirks oder dieser Gruppe von Steuergegenständen zustatten kommen und für die Beiträge nicht erhoben werden.

BVerfGE 21, 54 (65).

Die so aus dem Äquivalenzprinzip gerechtfertigte Grundsteuer, der damit der Gedanke einer – wenn auch nur mittelbaren, die Besteuerung rechtfertigenden – Gegenleistung unterlegt wird, stößt allerdings sozusagen an den Rand des Steuerbegriffs vor; eine durch eine bestimmte, individuell zurechenbare staatliche bzw. gemeindliche Leistung bedingte Abgabenerhebung würde dessen Grenze überschreiten. Nicht aus Anlaß und zum Ausgleich bestimmter staatlicher Leistungen wird die Grundsteuer erhoben; besteuert wird vielmehr – ausgehend von der Kennzeichnung als Soll-Ertragssteuer – das statische Moment des Besitzes eines Grundstücks mit Blick auf dessen Ertragsfähigkeit, die sich auch – durch Vorzugslasten nicht abgegoltenen – gemeindlichen Leistungen verdankt.

Vergleicht man hiermit nun den abgabenbegründenden Tatbestand des § 7 des Entwurfs, so lehnt dieser sich hinsichtlich des Erhebungsverfahrens und auch des Steuermaßstabs an die Grundsteuer an. Bereits hinsichtlich des Steuerschuldners ergibt sich jedoch eine Differenz, da § 7 des Entwurfs unabhängig von der Grundsteuerveranlagung alle Grundstückseigentümer im Innovationsbereich zur Abgabe heranzieht (vgl. § 7 Abs. 2 des Entwurfs). Deutlicher noch wird der Unterschied mit Blick auf den Grund oder die Rechtfertigung der Abgabe. Während die Grundsteuer den Besitz eines Grundstücks mit Blick auf dessen Ertragsfähigkeit – die sich auch nicht individuell zuzurechnenden und durch Vorzugslasten nicht abgegoltenen gemeindlichen Leistungen verdankt – besteuert, ist die Abgabe nach § 7 des Entwurfs so ausgestaltet, dass sie durch eine bestimmte, individuell zurechenbare staatliche bzw. gemeindliche Leistung bedingt ist. Das Gesetz zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren will neue, zusätzliche staatliche Aufgaben begründen, die zwar im Gesetz zunächst noch wenig konkret umschrieben sind, durch das gesetzlich geforderte Maßnahmen- und Finanzierungskonzept jedoch konkretisiert und auch individuell zurechenbar werden und aus deren Anlaß und zu deren Finanzierung die Abgabe erhoben wird.

Einer solchen gesetzlichen Regelung, die eine bestimmte öffentliche Leistung so ausgestaltet, dass diese individuell zugerechnet werden kann und ihre Erbringung eine Abgabepflicht der Begünstigten auslöst, kann eine auf das Äquivalenzprinzip gegründete Grundsteuer nicht als gleichartig entgegengehalten werden. Vielmehr erscheint diese in ihrer Rechtfertigung als sozusagen nachrangig gegenüber der Abgeltung einzelner öffentlicher Leistungen namentlich durch Vorzugslasten, wenn – wie soeben gesehen – nur auf solche gemeindlichen Leistungen verwiesen wird, die gerade noch nicht durch Gebühren und Beiträge abgegolten sind.

Birk, Steuerrecht, 6. Aufl. 2003, Rn. 87, bezweifelt bezeichnenderweise gerade auf Grund des Umstands, dass die Gemeinden für ihre grundstücksbezogenen Aufwendungen Vorzugslasten erheben, die Rechtfertigung der Grundsteuer aus dem Äquivalenzprinzip.

Ausgehend von Überlegungen zur möglichen Gleichartigkeit mit der Grundsteuer bestätigt sich also die bereits in den vorangegangenen Erwägungen zu Art. 105 GG hergeleitete Annahme, dass es sich bei der Abgabe gemäß § 7 des Entwurfs nicht um eine Steuer, sondern um eine nichtsteuerliche Abgabe handelt. Bestehende Steuergesetze des Bundes und Bundesgesetzgebungszuständigkeiten stehen ihrer landesgesetzlichen Begründung deshalb nicht entgegen.

cc. Landessteuergesetzgebungskompetenz und Art. 106 GG

Auf Grund der soeben hergeleiteten Annahme, dass es sich bei der Abgabe gemäß § 7 des Entwurfs eines Gesetz zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren nicht um eine der Grundsteuer gleichartige und überhaupt nicht um eine Steuer handelt, erübrigt sich eine nähere Diskussion der – ansonsten durch Art. 105 Abs. 2 GG aufgeworfenen - weiteren Frage, ob die Freie und Hansestadt Hamburg deshalb an ihrer Einführung gehindert ist, weil die bundes- und landesgesetzgeberische Steuergesetzgebungskompetenz gemäß Art. 105 GG auf die Regelung solcher Steuern begrenzt ist, die in Art. 106 GG mit Blick auf die Ertragshoheit geregelt sind. Diese Frage ist vom Bundesverfassungsgericht nicht eindeutig beantwortet

Vgl. BVerfGE 16, 64 (78); 92, 91 (115 f.); dazu etwa Jarass, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, 1999, S. 16 f.

und wird in der Literatur streitig diskutiert.

Vgl. Jachmann, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 4. Aufl. 2001, Art. 105 Rn. 41; Siekmann, in: Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 105 Rn. 44 f., jeweils m.w.N.

Ihr Erörterung kann jedoch hier dahinstehen.

b. Maßgeblichkeit der Sachgesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz für die Regelung nichtsteuerlicher Abgaben ist nicht in Art. 105 Abs. 2 GG geregelt; vielmehr werden nichtsteuerliche Abgaben auf der Grundlage

der Sachgesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern erhoben.

Vgl. BVerfGE 4, 7 (13); 29, 402 (409); 37, 1 (17); 55, 274 (297); 57, 139 (166); 98, 83 (101); 108, 1 (13); 108, 186 (212); Jachmann, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 4. Aufl. 2001, Art. 105 Rn. 7.

Insoweit ist eine nähere Untersuchung des Rechtscharakters der Abgabe hier noch entbehrlich und kann der weiteren materiellrechtlichen Untersuchung vorbehalten bleiben.

Siehe unten 2. Teil, B. II. 2. a.

Auch die Gesetzgebungszuständigkeit für die Einführung der Abgabe gemäß § 7 des Entwurfs eines Gesetz zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren folgt daher aus der gemäß Art. 70 Abs. 1, 72 Abs. 1 GG begründeten Sachgesetzgebungszuständigkeit des Landes für die Schaffung von Innovationsbereichen. Dass vom Bund wahrgenommene konkurrierende Bundesgesetzgebungszuständigkeiten, namentlich die im Baugesetzbuch ausgefüllte Zuständigkeit für das Bodenrecht und die für das Recht der Wirtschaft, dieser landesgesetzlichen Regelung nicht entgegenstehen, ist bereits dargelegt worden.

Vgl. oben 2. Teil, B. I.

3. Vereinbarkeit mit weiteren Anforderungen des einfachen Bundesrechts

Weitere Fragen hinsichtlich der Vereinbarkeit mit bundesrechtlichen Vorgaben wirft der Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren schließlich in einzelnen seiner Regelungen zur näheren Durchführung des Vorhabens auf.

a. Vereinbarkeit der Beauftragung des Aufgabenträgers mit vergaberechtlichen Vorgaben

Einzelne Regelungen des Gesetzentwurfs, namentlich die Anforderungen an den Aufgabenträger gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs, könnten möglicherweise in Konflikt stehen mit den Vorgaben des bundesdeutschen Vergaberechts in §§ 97 ff. GWB; in anderen Hinsichten könnten die §§ 97 ff. GWB zumindest die Anwendung des Gesetzes zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren beeinflussen, indem sie etwa vor Abschluß des öffentlich-rechtlichen Vertrages mit dem Auftraggeber gemäß § 5 Abs. 1 des Entwurfs eine Ausschreibung und ein Vergabeverfahren fordern. Das gibt Anlaß zu der Prüfung, ob die Regelungen des Kartellvergaberechts hier Anwendung finden, was voraussetzt, dass der

persönliche und der sachliche Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB eröffnet sind, d. h. es müßte sich bei der Freien und Hansestadt Hamburg bzw. dem Aufgabenträger um „öffentliche Auftraggeber“ im Sinne des § 98 GWB handeln und deren Aktivitäten müßten sich als „öffentliche Aufträge“ im Sinne des § 99 GWB darstellen, und dass weiter die sog. Schwellenwerte überschritten sind. Mit Rücksicht auf den Umstand, dass die Vergabevorschriften des GWB maßgeblich vom Europäischen Gemeinschaftsrecht veranlasst und überlagert sind, soll diese Prüfung jedoch insgesamt dem gemeinschaftsrechtlichen Teil des Gutachtens vorbehalten bleiben.

Siehe unten 2. Teil, B. III. 2.

b. Zulässigkeit der Abgabenerhebung durch die Finanzämter

Nach § 7 Abs. 5 Satz 1 des Entwurfs wird die Abgabe mit der Grundsteuer vom zuständigen Finanzamt erhoben. Die somit beabsichtigte landesgesetzliche Übertragung dieser Aufgabe auf die Finanzämter muß mit den bundesgesetzlichen Vorgaben für die Organisation und Zuständigkeit der Finanzverwaltung im Einklang stehen.

Die Finanzämter sind Finanzbehörden (§§ 6 Abs. 2 Nr. 5 AO, 2 Abs. 1 Nr. 4 FVG), deren sachliche Zuständigkeit sich, soweit nichts anderes bestimmt ist, nach dem Gesetz über die Finanzverwaltung richtet (§ 16 AO). Zutreffend hat der Bundesfinanzhof entschieden, dass die Regelung der sachlichen Zuständigkeit im FVG abschließend in dem Sinne sei, dass sie abweichenden verwaltungsinternen Aufgabenverteilungen etwa durch Verwaltungsanweisungen entgegenstehe.

BFH, BStBl. II 1993, 649 (652); vgl. Kruse, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 16 AO Rn. 12.

Mit Rücksicht auf die gesetzliche Aufgabenregelung in der Abgabenordnung und dem Finanzverwaltungsgesetz wird weiter formuliert, bereits aus dem Anwendungsbereich der AO (§ 1 AO) und den den Finanzbehörden übertragenen Gesamtaufgaben (§§ 85, 386 AO) ergebe sich für die Finanzbehörden eine Eingrenzung der sachlichen Zuständigkeit.

Kruse, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 16 AO Rn. 2; Obladen, in: Pump/Lohmeier/Leibner, Abgabenordnung. Kommentar (Stand: März 2004), § 16 Rn. 13.

Jedoch sieht § 17 Abs. 2 Satz 2 FVG ausdrücklich vor, dass die Finanzämter ferner, d.h. jenseits ihrer zentralen Aufgaben gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 FVG, auch für die ihnen sonst

übertragenen Aufgaben zuständig sind. Hierauf gestützt ist ihnen etwa die Verwaltung der Arbeitnehmersparzulage, der Wohnungsbauprämie oder der Investitionszulage übertragen worden.

Vgl. dazu etwa Sunder-Plassmann, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar (Stand: Sept. 2003), § 16 AO Rn. 5; Schmieszek, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar (Stand: Sept. 2003), § 17 AO Rn. 22; von Wedelstädt, in: Beermann (Hrsg.), Steuerliches Verfahrensrecht. Kommentar (Stand: März 2004), § 17 FVG Rn. 6.

Abgabenordnung und Finanzverwaltungsgesetz lassen damit zum einen zu, dass die Finanzämter mit anderen als Steuerverwaltungsaufgaben betraut werden; auch ihrer Betrauung mit der Verwaltung anderer, nichtsteuerlicher Abgaben steht daher nichts entgegen.

Vgl. BVerfGE 4, 7 (14): „Die Finanzhilfe wird nicht etwa dadurch zu einer Steuer, daß Finanzbehörden bei ihrer Aufbringung mitwirken. Diese können auch zu anderen als finanzhoheitlichen Zwecken tätig werden. Dem Gesetzgeber konnte es sachgerecht erscheinen, die Finanzbehörden einzuschalten, weil sich die Mitwirkung der Industrie- und Handelskammern im Aufbringungsverfahren als undurchführbar erwies.“

Zum anderen lassen sie zu, dass diese Aufgabenübertragung auch durch Landesgesetz erfolgen kann. Die Finanzämter sind Landes(finanz)behörden, die zwar gemäß Art. 108 GG bestimmten, weitreichenden Regelungsbefugnissen des Bundesgesetzgebers bezüglich ihres Aufbaus und des anzuwendenden Verfahrens in Steuersachen unterliegen, im übrigen aber doch als Landesbehörden der Regelung durch den jeweiligen Landesgesetzgeber nicht entzogen sind;

Vgl. Schlette, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 4. Aufl. 2001, Art. 108 Rn. 59, 102; Siekmann, in: Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 108 Rn. 32, dazu, dass auch im Kompetenzbereich des Art. 108 GG, soweit der Bund diesen nicht ausgeschöpft hat, die Länder gesetzgebungsbefugt sind.

insbesondere kann aus Art. 108 GG und der hierauf gestützten bundesgesetzlichen Regelung in Finanzverwaltungsgesetz und Abgabenordnung nicht abgeleitet werden, dass die Länder gehindert wären, ihre Finanzbehörden mit weiteren (nichtsteuerlichen) Aufgaben zu betrauen.

In diesem Sinne hat BFHE 177, 276 (288) = BStBl. II 1995, 431 (438), ausgehend von seiner Annahme, bei der Spielbankabgabe handele es sich um eine Steuer, die sachliche Zuständigkeit zwar schon nach § 17 Abs. 2 Satz 1 FVG begründet gesehen, dann aber ausdrücklich (auch) auf §§ 5, 11 NSpielbG 1989, also das Spielbankengesetz des Landes gestützt.

Der Aufgabenübertragung gemäß § 7 des Entwurfs stehen danach die Abgabenordnung und das Finanzverwaltungsgesetz nicht entgegen.

c. *Vereinbarkeit der Verwendung von Grundsteuerdaten mit §§ 30 ff. AO*

Der Entwurf sieht in verschiedenen Hinsichten einen Zugriff auf Daten vor, die im Zusammenhang mit der Grundsteuererhebung gewonnen worden sind. In Betracht zu ziehen sind insoweit § 3 Abs. 4 des Entwurfs, wo dem Aufgabenträger ein Anspruch auf Mitteilung der Gesamthöhe des Grundsteueraufkommens im vorgesehenen Gebiet sowie der bekannten Anschriften der Grundstückseigentümer bzw. Erbbauberechtigten eingeräumt wird, § 4 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 Satz 1, § 6 Abs. 2 Satz 2, wo das Zustimmungs- bzw. Widerspruchsquorum unter Berücksichtigung des Einheitswerts gebildet wird, und schließlich § 7 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs, wonach der Hebesatz der im Innovationsbereich zu erhebenden Abgabe in Relation zu der für das jeweilige Grundstück anfallenden Grundsteuer zu bestimmen ist.

Soweit danach auf bei der Grundsteuererhebung durch die Finanzbehörden gewonnene Daten zugegriffen werden soll, ist Maßstab der bundesrechtlichen Überprüfung die Regelung des sog. Steuergeheimnisses in §§ 30 ff. AO, nicht das – als generelle Regelung ansonsten in Betracht zu ziehende - Bundesdatenschutzgesetz. Zunächst ist das Bundesdatenschutzgesetz gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 a BDSG ohnehin schon auf die Tätigkeit von Landesbehörden bei der Ausführung von Bundesrecht nur anwendbar, soweit kein Landesdatenschutzrecht besteht; Hamburg verfügt – wie auch die anderen Bundesländer – über ein Landesdatenschutzgesetz, das sich seinerseits wiederum für subsidiär im Verhältnis zu spezielleren Regelungen über die Verarbeitung personenbezogener Daten erklärt (§ 2 Abs. 7 HambDSG). Eine entsprechende Subsidiaritätsregelung enthält weiterhin auch § 1 Abs. 3 BDSG. Auf Grund dieser Subsidiarität vermögen die Regelungen der AO einen Rückgriff auf das allgemeine Datenschutzrecht zwar nicht ohne weiteres insgesamt zu versperren; ein Vorrang kommt nur begrenzt, nämlich insoweit in Betracht, wie die AO selbst – grundrechtlich zureichende – Datenschutzregelungen enthält.

Vgl. Walz, in: Simitis (Hrsg.), Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 5. Aufl. 2003, § 1 Rn. 169; Topp, in: Rossnagel, Handbuch Datenschutzrecht, 2003, S. 1670, Rn. 22 ff.; Drüen, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 30 AO Rn. 5.

Ungeachtet mancher Defizite in anderen Problembereichen enthalten §§ 30 ff. AO für die hier einschlägige Frage zulässiger Datenoffenbarung und -übermittlung eine umfassende und zureichende, als abschließend anzusehende Regelung.

BVerfGE 84, 239 (280 f.); Topp, in: Rossnagel, Handbuch Datenschutzrecht, 2003,

S. 1670, Rn. 22.

Da §§ 30 ff. AO für alle Steuern einschließlich der Realsteuern (§ 1 Abs. 2 Nr. 1),

Drüen, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 30 AO Rn. 1.

also auch mit Blick auf die hier in Rede stehenden Daten der Grundsteuer anwendbar sind, sind die fraglichen Regelungen des Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren bundesrechtlich hieran zu messen.

aa. Verwendung von Grundsteuerdaten für die Abgabenerhebung

Der Untersuchung bedarf zunächst die in § 7 des Entwurfs vorgesehene Verwendung von Grundsteuerdaten bei der Abgabenerhebung.

(1) Erforderlichkeit einer besonderen Ermächtigungsgrundlage

Gemäß § 30 Abs. 1, 2 AO schützt das sog. Steuergeheimnis den Steuerpflichtigen davor, dass persönliche Verhältnisse oder fremde Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die einem Amtsträger im Zusammenhang mit bestimmten, steuerlich relevanten Verfahren bekannt geworden sind, unbefugt offenbart oder verwertet werden. Die in § 7 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs vorgesehene Erhebung der Abgabe in Relation zur Höhe der auf das jeweilige Grundstück entfallenden Grundsteuer setzt den Zugriff auf bei Grundsteuerhebung bekannt gewordene persönliche Verhältnisse voraus. Ob und in welcher Weise dies das Steuergeheimnis im Sinne von § 30 Abs. 1 und 2 AO tangiert, ist freilich nicht ohne weiteres zu beantworten, da mit der Abgabenerhebung die Finanzämter selbst betraut sind (§ 7 Abs. 5 Satz 1 des Entwurfs). Soweit danach die für die Grundsteuerverwaltung zuständigen Stellen innerhalb der Finanzverwaltung die ihnen ohnehin bekannten Grundsteuerdaten für einen anderen (Abgabenerhebungs-)Zweck nutzen, liegt ein Fall der Verwendung von Steuerdaten vor, der in § 30 Abs. 2 AO nicht ausdrücklich geregelt und bei dem fraglich ist, ob es sich überhaupt um ein – zunächst untersagtes - Offenbaren von Steuerdaten handelt.

Es liegt jedenfalls keine - in § 30 Abs. 2 AO untersagte und in § 30 Abs. 4 AO mit keinerlei Befugnisregelung versehene – Verwertung vor; vgl. Rüsken, in: Klein, Abgabenordnung. Kommentar, 8. Aufl. 2003, § 30 Rn. 61, dazu, dass die Verwertung richtigerweise nur die – grundsätzlich unzulässige – wirtschaftliche Verwertung zu dienstfremden eigenen Zwecken meinen kann.

Nach der sog. Einheitstheorie soll es nämlich ohne weiteres zulässig und kein Offenbaren

gegeben sein, wenn innerhalb der Finanzverwaltung bekannte Steuerdaten zu anderen dienstlichen Zwecken verwendet werden.

Vgl. BFH, BStBl. II 1992, 616 (617 f.): „Informationen, die sich eine Dienststelle der Finanzverwaltung rechtmäßig verschafft hat, dürfen von allen Dienststellen des Finanzressorts zur Erfüllung ihrer Aufgaben verwertet werden. Die Finanzverwaltung ist insoweit als Einheit anzusehen.“ Zustimmend Tipke, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 85 AO Rn. 83.

Vor dem Hintergrund des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), in das auch jede Verwendung persönlicher Daten für einen anderen Zweck als zu dem, zu welchem sie erhoben worden sind, erneut eingreifen soll, so dass es hierfür einer eigenen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf,

Vgl. BVerfGE 65, 1 (46), dazu, dass ein Zwang zur Angabe personenbezogener Daten eine bereichsspezifische und präzise Bestimmung des Verwendungszwecks durch den Gesetzgeber erfordert und die Datenverwendung auf den gesetzlich bestimmten Zweck begrenzt ist, so dass jede Verwendung zu einem anderen Zweck einen erneuten Grundrechtseingriff darstellt.

erscheint diese Annahme nicht unbedenklich.

Zur Kritik vgl. Datenschutzbericht, BT-Drs. 13/7500, S. 50; Rüsken, in: Klein, Abgabenordnung. Kommentar, 8. Aufl. 2003, § 30 Rn. 9.

Entsprechend hat auch der Gesetzgeber in §§ 88a, 249 Abs. 2 Satz 2 AO besondere Ermächtigungsgrundlagen für eine Verwendung von bekannten Steuerdaten für andere Zwecke durch die Finanzverwaltung geschaffen.

Darauf verweist Bildsdorfer, Das Steuergeheimnis, NWB 1994, F. 2, 6257.

Hiervon ausgehend erscheint es angemessen, auch eine interne Weitergabe und Nutzung von Steuerdaten innerhalb der Finanzverwaltung für andere Zwecke als eine Offenbarung im Sinne von § 30 Abs. 2 AO zu behandeln.

So Rüsken, in: Klein, Abgabenordnung. Kommentar, 8. Aufl. 2003, § 30 Rn. 58, für die Weitergabe an einen anderen Amtsträger derselben Behörde.

Unabhängig davon, ob die Abgabenerhebung – wie im Entwurf vorgesehen – durch die Finanzbehörden oder aber durch eine andere Behörde durchgeführt wird, tangiert also die Verwendung individueller Grundsteuerdaten das Steuergeheimnis i.S.v. § 30 Abs. 2 AO.

- (2) Ermächtigungsgrundlage - Insbesondere: Zulässigkeit landesgesetzlicher Offenbarungsregelungen i.S.v. § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO

Die somit erforderliche Ermächtigungsgrundlage für die Verwendung von Grundsteuerdaten ergibt sich nicht schon aus § 30 Abs. 4 Nr. 1 AO, der eine Befugnis zur Offenbarung zweckgebunden für die Durchführung eines Steuerverfahrens begründet, denn die nach § 7 des Entwurfs zu erhebende Abgabe stellt keine Steuer dar.

In Betracht kommt jedoch der Rückgriff auf § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO, der eine Offenbarung von geschützten Steuerdaten zulässt, wenn sie „durch Gesetz ausdrücklich zugelassen ist“; ein solches Gesetz könnte hier § 7 Abs. 5 des Entwurfs darstellen. Eine ausdrückliche, in ihren Voraussetzungen und ihrem Umfang klare Regelung der Durchbrechung des Steuergeheimnisses, wie sie von § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO vorausgesetzt wird,

Drüen, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 30 AO Rn. 71.

wird man dieser Bestimmung entnehmen können. Näher zu untersuchen ist jedoch, ob sie ein „Gesetz“ im Sinne des § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO ist. Ausgangspunkt ist insoweit die Legaldefinition des § 4 AO, die als Gesetz im Sinne der Abgabenordnung jede Rechtsnorm, d.h. Bundes- und Landesgesetze im formellen und materiellen Sinne (unter Einschluß von Rechtsverordnungen und Satzungen) erfasst. Für den Gesetzesbegriff des § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO ergibt sich demgegenüber zunächst aus verfassungsrechtlichen Gründen, mit Rücksicht auf den grundrechtseingreifenden Charakter einer Offenbarungsregelung eine notwendige Einschränkung insofern, als es eines *Parlamentsgesetzes*, jedenfalls aber einer hinreichenden parlamentsgesetzlichen Ermächtigung bedarf.

Vgl. Alber, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Abgabenordnung. Finanzgerichtsordnung, Kommentar (Stand: Sept. 2003), § 30 AO Rn. 160.

Hier entscheidend ist die weitere Frage, ob nach § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO nur ein (formelles) *Bundesgesetz* oder aber auch ein Landesgesetz eine Offenbarungsbefugnis begründen kann. Diese Frage wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet. Insbesondere unter Hinweis auf die vorrangige Gesetzgebungskompetenz des Bundes und den Vorrang des Bundesrechts (Art. 31 GG) wird teilweise eine landesgesetzliche Durchbrechung des in § 30 AO begründeten Steuergeheimnisses für unzulässig gehalten.

In diesem Sinne: Metzner, in: Beermann (Hrsg.), Steuerliches Verfahrensrecht. Kommentar (Stand: März 2004), § 30 AO Rn. 97; Pump, in: Pump/Lohmeier/Leibner, Abgabenordnung. Kommentar (Stand: März 2004), § 30 Rn. 90; Alber, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Abgabenordnung. Finanzgerichtsordnung, Kommentar (Stand: Sept. 2003), § 30 AO Rn. 160. Vgl. dagegen: Drüen, in: Tipke/Kruse,

Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 30 AO Rn. 71; Rüsken, in: Klein, Abgabenordnung. Kommentar, 8. Aufl. 2003, § 30 Rn. 102.

Im Ausgangspunkt unumstritten und grundgesetzlich zwingend vorgegeben ist insoweit, dass eine landesgesetzliche Offenbarungsregelung nur zulässig sein kann, soweit sie sich im Rahmen der Landesgesetzgebungskompetenz hält.

So ausdrücklich auch Drüen, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 30 AO Rn. 71.

Fraglich ist erst, wie weitgehend der Bund durch Inanspruchnahme der ihm zustehenden Gesetzgebungskompetenz die Länder in ihrem Gesetzgebungsrecht verdrängt hat. Insoweit erscheint richtig, dass der Bundesgesetzgeber von seiner Gesetzgebungskompetenz für das steuerliche Verfahren (Art. 108 Abs. 5 S. 2 GG) in der Abgabenordnung erschöpfend und abschließend Gebrauch gemacht hat und damit landesrechtliche Regelungen des steuerlichen Verfahrens, damit auch Offenbarungsregelungen im Bereich des steuerlichen Verfahrens ausgeschlossen hat.

In diesem Sinne FG Münster, EFG 2003, 499 (501 f.), zu § 4 Abs. 1 Informationsfreiheitsgesetz NRW: „Diese Vorschrift ist Teil eines Landesgesetzes und kann die vom Bundesgesetzgeber gewählte Regelung, keine Akteneinsicht in Abgabenangelegenheiten zu gewähren, nicht außer Kraft setzen. ... Die AO ist ... hinsichtlich des steuerlichen Verfahrensrechts das spezielle Bundesrecht. Eine Gesetzgebungskompetenz der Länder, auch des Landes NRW, daneben für das steuerliche Verfahrensrecht ist nicht erkennbar. Somit kann eine Anwendung des IFG ... nicht den Bereich des steuerlichen Verfahrensrechts, hier die Akteneinsicht, regeln wollen. Hier ist nämlich zu beachten, dass die AO bewusst und geplant kein Recht auf Akteneinsicht gewähren will.“

Weitergehend wird jedoch teilweise offenbar davon ausgegangen, dass der Bundesgesetzgeber mit der abschließenden Regelung des steuerlichen Verfahrensrechts im Anwendungsbereich des § 30 AO jegliche landesrechtliche Offenbarungsregelung verdrängt habe.

Siehe Metzner, in: Beermann (Hrsg.), Steuerliches Verfahrensrecht. Kommentar (Stand: März 2004), § 30 AO Rn. 97; Alber, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Abgabenordnung. Finanzgerichtsordnung, Kommentar (Stand: Sept. 2003), § 30 AO Rn. 160; landesgesetzliche Offenbarungsregelungen sollen danach nur insoweit zulässig sein, wie die AO, namentlich § 30 AO allein kraft landesgesetzlicher Verweisung anwendbar ist.

Dahinter steht die Annahme, dass mit der Regelung des Steuergeheimnisses zugleich auch alle Regelungen über die Offenbarung geschützter Steuerdaten ihrerseits immer und

notwendig auf dem Kompetenztitel des steuerlichen Verfahrensrechts beruhen. Diese Annahme ist jedoch schon mit Blick auf zahlreiche bundesgesetzliche Offenbarungsregelungen nicht überzeugend, die in der Sache nicht das steuerliche Verfahren regeln, sondern ihre kompetenzielle Grundlage ersichtlich in anderen Kompetenztiteln des Bundes haben.

Vgl. die Übersicht bei Drüen, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 30 AO Rn. 75 ff.; Offenbarungsregelungen zugunsten Archiven des Bundes, Genehmigungsbehörden nach Personenbeförderungsgesetz oder GüKG, Notaren zur Ermittlung des Gebührenstreitwerts oder Registergerichten – um einige Beispiele herauszugreifen – beruhen kompetenziell schwerlich auf Art. 108 Abs. 5 GG.

Entsprechend ist es aber auch nicht ausgeschlossen, dass den Ländern verbliebene Gesetzgebungskompetenzen die Kompetenz zum Erlaß von Regelungen zur Durchbrechung des Steuergeheimnisses einschließen.

Diese verfassungsrechtliche Beurteilung spiegelt sich im übrigen darin wider, dass der Bundesgesetzgeber selbst mit der Regelung des § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO zu erkennen gegeben hat, dass die Offenbarung persönlicher Daten aus Steuerverfahren gerade nicht abschließend durch die bundesgesetzliche Abgabenordnung geregelt sein, sondern weiterer gesetzlicher Regelung offen stehen soll, ohne dass eine Beschränkung auf den Bundesgesetzgeber zu entnehmen wäre; hierauf verweist zutreffend Rüsken, in: Klein, Abgabenordnung. Kommentar, 8. Aufl. 2003, § 30 Rn. 102.

Hier könnte aus der Landesgesetzgebungskompetenz für die Sachregelungen und die Abgabenregelung des Gesetzes zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren

Vgl. oben 2. Teil, B. I. 1. und 2.

auch die Befugnis folgen, zur Durchführung der Abgabenerhebung auf bei den Landesfinanzbehörden vorhandene Grundsteuerdaten zuzugreifen; in der Tat wird man diese Regelung über die Durchbrechung des Steuergeheimnisses der Sache nach diesem Kompetenzbereich und nicht dem Kompetenzbereich des steuerlichen Verfahrens zuzuordnen haben.

Vgl. dazu auch unten 2. Teil, B. I. 3. c. cc.

Eine fehlende Landesgesetzgebungskompetenz wird man danach hier nicht entgegenhalten können. Dann aber ergibt sich auch kein weiteres Bedenken aus dem in Art. 31 GG angeordneten Vorrang des Bundesrechts. Dieser Vorrang kann nämlich nur solchem Bundesrecht zukommen, das seinerseits verfassungsgemäß ist, namentlich auch der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung entspricht. Bundesrecht, das den Landesgesetzgeber

nicht kompetenziell verdrängt, kann danach dem kompetenzgemäß erlassenen Landesgesetz auch nicht kraft des Art. 31 GG vorgehen.

Diese rechtliche Bewertung von § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO, § 7 Abs. 5 des Entwurfs wird im Ergebnis auch durch einen Erst-recht-Schluß mit Blick auf § 31 Abs. 1 AO gestützt. Wenn danach schon die Offenbarung von Steuerdaten an andere Körperschaften des öffentlichen Rechts für Zwecke sonstiger – bundes- oder landesgesetzlich geregelter - Abgabenverfahren zulässig ist, kann die Verwendung von Steuerdaten durch die Finanzverwaltung für andere abgabenrechtliche Zwecke kaum a limine ausgeschlossen sein. Diesem Erst-recht-Schluß steht im übrigen auch nicht entgegen, dass es hier um eine Abgabe geht, deren Aufkommen nicht der Freien und Hansestadt Hamburg, sondern einem Treuhandvermögen zustehen soll; mit Blick auf den Schutz der Steuerdaten erscheint entscheidend, wer die Erhebung durchführt, nicht, wem die Erträge zufließen.

bb. Verwendung von Grundsteuerdaten für die Bestimmung von Zustimmungs- und Widerspruchsquoren

Die Regelungen über die Verwendung des Einheitswerts der Grundstücke bei der Bestimmung von Zustimmungs- und Widerspruchsquoren gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 1, § 6 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs berühren das Steuergeheimnis insofern, als sie die Kenntnis der Eigentumsverhältnisse an Grundstücken und der Einheitswerte voraussetzen. Zur Anwendung der Vorschriften bedürfen namentlich die Anhörungsbehörde bei der Entscheidung über die Einleitung des Anhörungsverfahrens bzw. über die Ablehnung des Antrags sowie die Handelskammer bei der Überwachung der Geschäftsführung des Aufgabenträgers dieser Kenntnis.

Es fehlt jedoch zugunsten dieser Behörden an einer – wie es erforderlich ist –

Drüen, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 30 AO Rn. 71; Rüsken, in: Klein, Abgabenordnung. Kommentar, 8. Aufl. 2003, § 30 Rn. 102.

eindeutigen und unmissverständlichen, nicht erst durch Auslegung zu gewinnenden Regelung des Inhalts, dass das Steuergeheimnis durchbrochen werden und ihnen gegenüber eine Offenbarungspflicht bestehen soll. Die genannten Regelungen des Entwurfs selbst schaffen solche Offenbarungsbefugnisse und –pflichten jedenfalls nicht mit der erforderlichen Klarheit, da sie sich auf die Anwendung der Steuerdaten beschränken, sich zur Informationsgewinnung aber nicht äußern. Die Offenbarungspflicht gemäß § 31 Abs. 1 AO greift nicht, da sie nur die Mitteilung zur Festsetzung von Abgaben erfasst. Die – auch für die

Erfüllung sonstiger öffentlicher Aufgaben in Betracht kommende – Offenbarungsbefugnis gemäß § 31 Abs. 3 AO reicht schon deshalb nicht hin, weil sie die Mitteilung des Einheitswerts nicht umfasst;

Vgl. Kruse, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 31 AO Rn. 9.

im übrigen begründet sie keine Verpflichtung und steht auch noch unter dem Vorbehalt des letzten Halbsatzes.

cc. Informationsanspruch des Aufgabenträgers

Hinsichtlich des in § 3 Abs. 4 des Entwurfs geregelten Informationsanspruchs des Aufgabenträgers bedarf es der Differenzierung.

(1) Information über die Gesamthöhe des Grundsteueraufkommens

Soweit § 3 Abs. 4 des Entwurfs einen Anspruch auf Information über die Gesamthöhe des Grundsteueraufkommens verbürgt, ist das Steuergeheimnis des § 30 Abs. 1, 2 AO nicht tangiert. Da hiernach nur „Verhältnisse eines anderen“ (§ 30 Abs. 2 Nr. 1 AO) geschützt sind, sind Offenbarungen von vornherein zulässig, die nicht erkennen lassen, um wessen Verhältnisse es sich handelt.

Drüen, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 30 AO Rn. 24.

Da das Gesamtsteueraufkommen keine Individualisierung, also insbesondere keinen Aufschluß über die Grundsteuerlast einzelner Grundstückseigentümer zulässt, ist seine Mitteilung durch § 30 Abs. 1, 2 AO nicht ausgeschlossen.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die Regelung des § 3 Abs. 4 des Entwurfs sich kompetenziell aus der Sachgesetzgebungszuständigkeit des Landes für das geplante Gesetz zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren

Vgl. oben 2. Teil, B. I. 1.

rechtfertigt. Auch insoweit erfasst diese Gesetzgebungszuständigkeit die Befugnis zu Regelungen über die Inanspruchnahme von Daten, die im Grundsteuerverfahren gewonnen worden sind, für landesgesetzlich geregelte Zwecke.

Wäre es für die kompetenzielle Zuordnung einer Offenbarungsregelung zu Art. 108 Abs. 5 GG zureichend, dass sie sich auf Daten bezieht, die in einem bundesgesetzlich

geregelten Steuerverfahren gewonnen worden sind, wäre – da es insoweit auf die materiellrechtliche Differenzierung zwischen persönlichen und nicht-individualisierbaren Daten nicht ankommen kann - auch § 3 Abs. 4 des Entwurfs durch die abschließende Regelung des steuerlichen Verfahrens in der AO kompetenziell verdrängt; es bestätigt sich hierin die frühere Annahme, dass Regelungen über die Offenbarung steuerlicher Daten nicht abschließend von Art. 108 Abs. 5 GG erfasst sind, sondern sich auch auf andere Kompetenztitel, auch solche des Landes, stützen können (vgl. oben 2. Teil, B. I. 3. c. aa.).

(2) Information über Grundstückseigentümer

Soweit § 3 Abs. 4 des Entwurfs weiter einen Anspruch auf Information des Aufgabenträgers über die Anschriften von Grundstückseigentümern bzw. Erbbauberechtigten begründet, bleibt die Regelung insofern unvollständig, als der Verpflichtete dieses Anspruchs und die Quelle der Daten nicht explizit genannt werden. Soweit die Freie und Hansestadt Hamburg zur Information aus ihren allgemeinen Datenbeständen verpflichtet sein soll, entsteht kein Problem im Hinblick auf § 30 AO. Nur wenn auch diese Information wiederum aus den bei der Grundsteuererhebung gewonnenen Daten der Finanzbehörden gegeben werden sollte, wäre – da auch Daten über das Eigentum bestimmter Personen an bestimmten Grundstücken zu den danach geschützten persönlichen Verhältnissen rechnen – nach § 30 AO erforderlich, dass diese Offenbarung persönlicher Daten nicht unbefugt i.S.v. § 30 Abs. 2 AO ist. Zur Rechtfertigung der Offenbarung käme § 30 Abs. 4 Nr. 1 AO, der eine Befugnis zur Offenbarung für die Durchführung eines Steuerverfahrens begründet, nicht in Betracht. Auch § 31 Abs. 3 AO würde insoweit keine Offenbarungsbefugnis eröffnen; zwar zählen Namen und Anschriften der Grundstückseigentümer zu den aus der Grundsteuerverwaltung bekannt gewordenen persönlichen Daten, die danach offenbart werden dürfen, doch zählt der Aufgabenträger im Sinne des Gesetzes zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren nicht zu den Gerichten, Behörden oder juristischen Personen des öffentlichen Rechts, auf die diese Befugnis begrenzt ist. Es bleibt jedoch wiederum § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO, der die Offenbarung darüber hinaus zulässt, wenn sie „durch Gesetz ausdrücklich zugelassen ist“; ein solches Gesetz wäre hier § 3 Abs. 4 des Entwurfs. Eine ausdrückliche, in ihren Voraussetzungen und ihrem Umfang klare Offenbarungsregelung, wie sie vorausgesetzt wird,

Drüen, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 30 AO Rn. 71.

enthält diese Bestimmung. Wie gesehen, kann eine solche gesetzliche Offenbarungsbefugnis nicht nur der Bundesgesetzgeber, sondern – im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz -

auch der Landesgesetzgeber schaffen.

Vgl. oben 2. Teil, B. I. 3. c. aa.

Auch die nähere inhaltliche Ausgestaltung des § 3 Abs. 4 des Entwurfs wäre mit § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO vereinbar. Ein Gesetz im Sinne von § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO kann auch zur Offenbarung verpflichten.

Drüen, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 30 AO Rn. 73.

Schließlich können Offenbarungsbefugnis und –verpflichtung auch zugunsten Privater – wie hier zugunsten des Aufgabenträgers - begründet werden.

Vgl. Beispiele bei Drüen, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 30 AO Rn. 89 (Gläubiger), 91 (Grundstückseigentümer), 95 (Mieter), 99 (Schadensersatzberechtigte).

II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

1. Demokratieprinzip

Die Ausgestaltung von Organisation und Tätigkeit des Aufgabenträgers könnte gegen das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG) verstoßen. Dies wäre der Fall, wenn der Aufgabenträger demokratischer Legitimation bedürfte und diese nicht in hinreichender Weise gewährleistet wäre.

a. Legitimationsbedürftigkeit der Tätigkeit des Aufgabenträgers

aa. Maßstäbe

Zunächst ist der Frage nachzugehen, ob die Tätigkeit des Aufgabenträgers demokratischer Legitimation im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG bedarf. Objekt demokratischer Legitimation ist alle Staatsgewalt. Darunter sind nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „alle Arten der Ausübung von Staatsgewalt“ zu verstehen.

BVerfGE 47, 253 (273); 77, 1 (40), 83, 60 (73).

Ähnlich wie bei der Grundrechtsbindung werden alle Staatsorgane und Amtswalter in der Summe ihrer legislativen, exekutiven und judikativen Funktionen erfasst, wobei es allerdings auf eine von ihrer Tätigkeit ausgehende Grundrechtsbeeinträchtigung nicht ankommt.

Siehe hierzu Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 202 ff.

Zur Staatsgewalt im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG zählen nicht nur die Organe von Bund, Ländern und Gemeinden, sondern auch alle übrigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, soweit hoheitliche Tätigkeit vorliegt. Eine Beschränkung des Legitimationserfordernisses auf bestimmte Bereiche hoheitlicher Tätigkeit ist dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG fremd. Der Begriff der Staatsgewalt erfasst alle rechtserheblichen Funktionen der Staatsorgane und Amtswalter ohne Rücksicht auf die Rechts- und Handlungsform. Auch die Verwendung öffentlicher Mittel stellt Ausübung hoheitlicher Gewalt dar und bedarf der demokratischen Legitimation im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG.

Dazu Puhl, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 1, 3 ff., 159 ff.

Für die vollziehende Gewalt gilt, dass auch leistendes, schlichtes und privatrechtsförmiges Handeln legitimationsbedürftig ist.

BVerfGE 47, 253 (274).

Eine Einschränkung ergibt sich allerdings daraus, dass sich nur amtliches Handeln mit *Entscheidungscharakter* als Ausübung von Staatsgewalt darstellt, die demokratischer Legitimation bedarf.

BVerfGE 47, 253 (272 f.); 77, 1 (40); 83, 60 (73); 93, 37 (68).

Dies gilt gleichermaßen für Entscheidungen, die unmittelbar nach außen wirken, wie auch für solche, die nur verwaltungsintern die Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Amtsaufgaben schaffen,

BVerfGE 93, 37 (68).

sowie für die Wahrnehmung von Mitentscheidungsbefugnissen einschließlich der Ausübung von Vorschlagsrechten.

BVerfGE 83, 60 (73).

Mit der Beschränkung des Legitimationserfordernisses auf Handeln mit Entscheidungscharakter sind lediglich rein konsultative, vorbereitende oder technische Tätigkeiten vom Erfordernis demokratischer Legitimation ausgenommen.

BVerfGE 47, 253 (273); 83, 60 (73); 93, 37 (68). Dazu auch Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 214 f.; Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, S. 255 ff.

bb. Qualifikation der Tätigkeit des Aufgabenträgers

Gemessen an diesen Vorgaben lässt sich die Frage, ob die Tätigkeit des Aufgabenträgers demokratischer Legitimation bedarf, nicht unter Rückgriff auf eindeutige Präjudizien insbesondere des Bundesverfassungsgerichts beantworten. Ihren Grund hat diese Schwierigkeit darin, dass der Status des Aufgabenträgers sowie die Ausgestaltung seiner Aufgaben, Entscheidungsbefugnisse und Verantwortlichkeiten - dem kooperativen, auf staatliche Hilfe zur effektiven Selbstorganisation angelegten Ansatz des Entwurfs folgend -

Entwurfs-Begründung, S. 6.

nicht eindeutig dem staatlichen oder dem gesellschaftlichen Bereich zugeordnet werden können und keiner der bislang üblichen, rechtlich bereits strukturierten Kooperations- oder Selbstverwaltungsformen entspricht. Zwar verfügt der Aufgabenträger selbst nicht über hoheitliche Befugnisse im engeren Sinne von Zwangsbefugnissen. Seine Tätigkeit beruht aber auf der mit staatlichem Zwang erhobenen Abgabe, über deren Verwendung der Aufgabenträger im Rahmen des durch Rechtsverordnung festgelegten Maßnahmen- und Finanzierungskonzeptes (§ 5 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 3 des Entwurfs) - wenn weniger als 30% der Grundstückseigentümer widersprechen, sogar abweichend von diesem Maßnahmen- und Finanzierungskonzept (§ 6 Abs. 2 des Entwurfs) - selbständig entscheidet.

(1) Entscheidungsbefugnis über die Verwendung öffentlicher Mittel

Die legitimationsbedürftige Ausübung öffentlicher Gewalt als amtliches Handeln mit Entscheidungscharakter könnte sich also daraus ergeben, dass der Aufgabenträger über die Verwendung der aus der Abgabenerhebung nach § 7 stammenden Finanzmittel auf der Grundlage eigener Disposition verfügt. Nach § 7 Abs. 5 des Entwurfs „steht“ dem Aufgabenträger das Aufkommen der auf der Grundlage der Abs. 1 bis 4 der Vorschrift erhobenen Abgabe zu einem wesentlichen Teil „zu“.

Gleichlautend auch die Begründung des Entwurfs, S. 9: „Die Maßnahmen im Innovationsbereich werden durch Abgaben finanziert, die von den Finanzämtern zugleich mit der Grundsteuer bei den Grundstückseigentümern erhoben werden. (...). Das Abgabenaufkommen steht mit Ausnahme einer Erhebungspauschale, die Hamburg verbleibt, dem Aufgabenträger zu.“

Diese Mittel sollen nach § 7 Abs. 1 des Entwurfs den Aufwand abdecken, der dem Aufgabenträger durch die Realisierung seiner innovationsbereichsbezogenen Vorhaben entsteht. Die Qualifikation dieser dem Aufgabenträger zur Disposition stehenden Mittel als „öffentliche“ im Sinne der durch das Demokratieprinzip vorgegebenen

Legitimationsanforderungen ergibt sich zunächst daraus, dass der Gesetzgeber die Quartiersaufwertung als im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe definiert. Die Erfüllung dieser als „öffentliche“ zu qualifizierenden Aufgabe erfolgt durch einen „privaten“ Aufgabenträger. Der Staat unterstützt und fördert diese private Initiative, indem er eine Finanzierungspflicht aller Nutznießer im Innovationsgebiet statuiert, die Durchsetzung dieser Pflicht öffentlich-rechtlich gestaltet und mit dem dazugehörigen Zwangsinstrumentarium bewehrt. Dadurch wird das an der Quartiersaufwertung bestehende öffentliche Interesse deutlich manifestiert und die Zwangsabgabe gerechtfertigt.

Dass die Dispositionsbefugnis über die Mittelverwendung rechtlich durch das mit der Antragstellung einzureichende (§ 4 Abs. 2 S. 2 Entwurf) Maßnahmen- und Finanzierungskonzept gebunden ist, welches Inhalt der Rechtsverordnung ist (§ 5 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 3) und gegenüber dem Aufgabenträger mittels des nach § 5 Abs. 1 des Entwurfs abzuschließenden öffentlich-rechtlichen Vertrages verbindlich wird, grenzt die Dispositionsbefugnis des Aufgabenträgers ein, beseitigt sie aber nicht. Denn dem Aufgabenträger verbleiben bei der Umsetzung des Maßnahmen- und Finanzierungskonzeptes Entscheidungsspielräume, die aus der zwangsläufigen Unbestimmtheit und dem Rahmencharakter des Maßnahmen- und Finanzierungskonzeptes folgen. Diesen Rahmencharakter bestätigt der Entwurf, indem er in § 6 Abs. 1 zur „Umsetzung“ des Maßnahmen- und Finanzierungskonzeptes einen „Maßnahmen- und Wirtschaftsplan“ vorschreibt, der auf den kürzeren Zeitraum nur eines Jahres bezogen sein und in seiner Detailgenauigkeit offensichtlich über das „Konzept“ hinausgehen muss. Wie das „Konzept-Abweichungsverfahren“ des § 6 Abs. 2 darüber hinaus zeigt, ist die Bindung des Aufgabenträgers an das Maßnahmen- und Finanzierungskonzept nicht strikt. Im Interesse der erforderlichen Flexibilität

Dazu die Begründung des Entwurfs, S. 10.

wird dem Aufgabenträger die Möglichkeit eingeräumt, von dem ursprünglichen - in der Rechtsverordnung und dem öffentlich-rechtlichen Vertrag festgelegten - Konzept abzuweichen.

Besteht also eine Dispositions- und Entscheidungsbefugnis des Aufgabenträgers über die Verwendung öffentlicher Mittel, so könnte die demokratische Legitimationsbedürftigkeit dieser Tätigkeit mit Entscheidungscharakter dennoch in Zweifel gezogen werden durch einen Blick auf vergleichbare Konstellationen, in denen ein Privater öffentliche Mittel verwendet, ohne dass seine Tätigkeit bislang als demokratischer Legitimation bedürftig angesehen

worden wäre. Zu denken ist hier in erster Linie an den Verwaltungshelfer und an den Subventionsempfänger.

(2) Vergleich mit Verwaltungshelfer

Als Verwaltungshelfer (Amtshelfer, Erfüllungsgehilfe) bezeichnet die Verwaltungsrechtslehre diejenigen Privaten, die im Auftrag und nach Weisung einer staatlichen Stelle „unselbständig und nur als Werkzeug“ in die Erledigung hoheitlicher Aufgaben eingeschaltet werden.

So - repräsentativ - Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2004, Rn. 38; ähnlich Tettinger, Grenzen der Privatisierung - verwaltungsrechtliche Aspekte, DÖV 1997, 353 (357).

Das Problem eigenständiger demokratischer Legitimation dieser Beauftragten hat sich bislang ersichtlich deshalb nicht gestellt, weil das Handeln des Verwaltungshelfers aufgrund seiner Unselbständigkeit ohne weiteres der beauftragenden und weisungsbefugten Behörde zugerechnet wird. Für die Einschaltung von Verwaltungshelfern wird deshalb z.B. keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage gefordert, sondern es kommt alleine darauf an, dass ein ausreichendes Direktionsrecht des Aufgabenträgers gesichert bleibt.

Tettinger, Grenzen der Privatisierung - verwaltungsrechtliche Aspekte, DÖV 1997, 353 (357), m.w.N. in Fn. 43.

Eine eigene demokratische Legitimation der Tätigkeit des Verwaltungshelfers ist also nicht erforderlich, weil sie keine demokratisch relevanten Entscheidungselemente aufweist, sondern - jedenfalls nach der Modellvorstellung - vollständig „von oben“ durch den demokratisch legitimierten Aufgabenträger und Auftraggeber gesteuert ist.

Von der so umschriebenen Position des Verwaltungshelfers weicht die Rolle des Aufgabenträgers im vorliegenden Zusammenhang allerdings erheblich ab: Zunächst handelt es sich bei der Aufgabe, Verbesserungsmaßnahmen in Innovationsbereichen durchzuführen, gerade nicht um eine eigene - staatliche - Aufgabe, die unter Zuhilfenahme privater Beauftragter erledigt werden könnte. Die Wahrnehmungszuständigkeit und - begrenzt durch das durch Rechtsverordnung und Vertrag vorgegebene „Aufgabenkonzept“ - die Aufgabenverantwortung liegt beim privaten Aufgabenträger. Ein Direktionsrecht oder sonstige Möglichkeiten der Freien und Hansestadt Hamburg, die konkrete Art und Weise der Umsetzung des Maßnahmen- und Finanzierungskonzeptes zu steuern, sieht der Entwurf nicht vor. Solche Direktionsbefugnisse würden auch der Gesamtkonzeption des Entwurfs widersprechen, wonach die Aufgabenerfüllung in größtmöglichem Umfang in der

Eigenverantwortung des Aufgabenträgers und der Betroffenen liegen soll. Vielmehr beschränkt sich der Entwurf darauf, das öffentliche Interesse an solchen Maßnahmen gesetzlich zu begründen und seine Konkretisierung auf bestimmte Quartiere und ein bestimmtes Maßnahmekonzept verfahrensrechtlich (Antrag, Rechtsverordnung) zu formen. Der Umstand, dass sich der Aufgabenträger in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag gem. § 5 Abs. 1 des Entwurfs gegenüber der Freien und Hansestadt Hamburg verpflichten muss, das Konzept umzusetzen, führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Durch diesen Vertrag wird der Aufgabenträger nicht zum Auftragnehmer der Freien und Hansestadt Hamburg. Der Vertrag hat vielmehr nur die Funktion, im Interesse der Abgabepflichtigen sicherzustellen, dass die wahrzunehmende Aufgabe als Grund und Grenze für die Abgabepflicht rechtlich verbindlich festgeschrieben wird.

(3) Vergleich mit Subventionierung privater Tätigkeit

Eine unter dem Gesichtspunkt der Verwendung öffentlicher Mittel ähnliche Position wie dem Verwaltungshelfer kann auch dem Subventionsempfänger zukommen, wenn es sich bei der Subvention um einen „verlorenen Zuschuss“

Zur Typologie von Subventionen siehe nur Ipsen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 2. Aufl. 1999, § 92 Rn. 34.

handelt. Auch der Empfänger eines solchen verlorenen Zuschusses verfügt über öffentliche Mittel mit - je nach Art und Ausgestaltung der Subvention unterschiedlichen - mehr oder weniger großen Entscheidungsspielräumen hinsichtlich der Art und Weise ihrer Verwendung. Ähnlichkeiten mit der Stellung des Aufgabenträgers nach dem Entwurf weisen insbesondere private Rechtsträger auf, die abgegrenzte Aufgaben erfüllen und aus Gründen des öffentlichen Interesses an diesen Aufgaben ganz oder überwiegend durch den Bund finanziert werden.

Vgl. die Liste bei Puhl, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 99 ff., die von der Stiftung Wissenschaft und Politik über den DRK-Suchdienst München und den Verein Deutscher Ingenieure bis hin zur Deutschen Forschungsgemeinschaft reicht.

Nicht anders als beim Verwaltungshelfer ist aber – soweit ersichtlich – eine demokratische Legitimation des Subventionsempfängers bislang nicht gefordert und nicht einmal näher in Erwägung gezogen worden.

Vgl. nur den Überblick über die verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Aspekte von Subventionen bei Ipsen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 2. Aufl. 1999, § 92. Anders bislang offenbar nur Puhl, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 159 ff., der auch

Privatrechtseinrichtungen, deren laufende Finanzierung allein aus öffentlichen Mitteln erfolgt, den Anforderungen des Art. 110 GG unterwerfen will, der seinerseits eine Konkretisierung des Demokratieprinzips darstellt.

Seinen Grund hat dies offensichtlich darin, dass man das Verhalten des Subventionsempfängers im Hinblick auf die Art und Weise der Mittelverwendung als ausreichend durch den Haushalt selbst und die konkretisierende Subventionsverwaltung (Zuwendungsbescheid, Zuwendungsvertrag) gesteuert ansieht. Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang vor allem auf die Subventionsrichtlinien, die im Wege von Nebenbestimmungen (Auflagen, Bedingungen, Widerrufsvorbehalte) für den Subventionsempfänger Verbindlichkeit erlangen.

Puhl, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 52; Ipsen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 2. Aufl. 1999, § 92 Rn. 64, m.w.N.

Zwar unterliegt der Subventionsempfänger – anders als im Modell des Verwaltungshelfers – keinem Direktionsrecht der für die Bewilligung und Abwicklung zuständigen Behörde. Er ist aber durch den Subventionszweck und dessen Konkretisierung in den Bewilligungsbedingungen so stark gebunden, dass die herrschende Rechtsprechung und Lehre keinen demokratisch legitimationsbedürftigen Entscheidungsspielraum erkennt.

Anders nur Puhl, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 159 ff.

(4) Vergleich mit funktionaler Selbstverwaltung

Als Vergleichsmodell zu der hier interessierenden Form der staatlichen Begleitung und Förderung der Selbstorganisation der Eigentümer und Gewerbetreibenden eines Quartiers bieten sich schließlich die verschiedenen Formen funktionaler Selbstverwaltung an. Insbesondere zum Kammerrecht

Dazu insbesondere Emde, Die demokratische Legitimation der funktionellen Selbstverwaltung, 1991, S. 89 ff.

zeigen sich deutliche Parallelen, wenn etwa die Industrie- und Handelskammern in § 1 Abs. 2 IHKG ermächtigt werden, Anlagen und Einrichtungen, die der Förderung der gewerblichen Wirtschaft oder einzelner Gewerbezweige dienen, zu begründen, zu unterhalten oder zu unterstützen.

Ähnliche Vorschriften finden sich in § 91 Abs. 1 Nrn. 7 und 9 HandwO für die Handwerkskammern. Einen Überblick über die Dienstleistungen der Kammern für die Mitglieder gibt Emde, Die demokratische Legitimation der funktionellen

Selbstverwaltung, 1991, S. 117 f.

Auch hier flankiert der Staat gesellschaftliche Selbstorganisation, indem er Aufgaben umschreibt, an denen ein öffentliches Interesse besteht, die aber nicht vom Staat selbst, sondern in Selbstorganisation mit staatlicher Unterstützung wahrgenommen werden sollen. Auch hier liegt in Gestalt von Pflichtmitgliedschaft und - ihr folgend - Beitragspflicht der entscheidende staatliche Beitrag zur Selbstorganisation darin, eine potentiell fehlende Mitwirkungsbereitschaft von Betroffenen oder Nutznießern durch staatlichen Zwang zu überwinden. Wenn das Bundesverfassungsgericht die legitimen Aufgaben, die eine Pflichtmitgliedschaft rechtfertigen, umschreibt als solche, „an deren Erfüllung ein gesteigertes Interesse der Gemeinschaft besteht, die aber so geartet sind, daß sie weder im Wege privater Initiative wirksam wahrgenommen werden können, noch zu den im engeren Sinn staatlichen Aufgaben zählen, die der Staat selbst durch seine Behörden wahrnehmen muß“,

BVerfGE 38, 281 (299).

so lässt sich diese Umschreibung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Selbstorganisation, die der Staat durch Pflichtmitgliedschaft und Pflichtbeitrag „flankiert“, ersichtlich auf das hier interessierende BID-Modell anwenden. Der entscheidende Unterschied zwischen dem „Innovationsbereich“ des Entwurfs und den bekannten Formen der funktionalen Selbstverwaltung dürfte darin liegen, dass dem Innovationsbereich die dauerhafte organisatorische Struktur (Rechtsfähigkeit, demokratische Binnenstruktur) und Verfestigung fehlt und er außerdem nicht mit eigenen Zwangsbefugnissen ausgestattet ist, weil die einzige konkret erforderliche Zwangsmaßnahme (Abgabenerhebung) „für“ den Aufgabenträger durch die staatlichen (Finanz-)Behörden erledigt wird. Kompensiert wird die im Vergleich zu den Kammern geringere organisatorische Verfestigung (fehlende mitgliedschaftliche Mitwirkungsstruktur) dadurch, dass die von dem Aufgabenträger zu erledigenden Aufgaben deutlich präziser (Maßnahmen- und Finanzierungskonzept) bestimmt sind als durch die allgemeinen gesetzlichen Aufgabenzuweisungen bei den Kammern.

Zur demokratischen Legitimation in materieller Hinsicht (bezogen auf die vielfältigen Dienstleistungsfunktionen), die durch Generalklauseln geprägt ist, vgl. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionellen Selbstverwaltung, 1991, S. 136 ff.

Die Tätigkeit der Träger funktionaler Selbstverwaltung wird vom Bundesverfassungsgericht und – ihm folgend – von der überwiegenden Auffassung in der Literatur als Ausübung von Staatsgewalt „im weiteren Sinne“ qualifiziert mit der Folge, dass das Demokratieprinzip Anwendung findet.

Ausführliche Nachweise der keineswegs klaren und einheitlichen Positionen bei Emde, Die demokratische Legitimation der funktionellen Selbstverwaltung, 1991, S. 229 ff.

Daraus folgt dann die seit langem diskutierte Frage, ob sich die Entscheidungsbefugnisse der jeweiligen Selbstverwaltungsorgane in ausreichendem Maße auf das „Volk“ und/oder die „Betroffenen“ zurückführen lassen. Weil in dem Modell der funktionalen Selbstverwaltung die Behörden der unmittelbaren Staatsverwaltung keine uneingeschränkte Leitungsgewalt (Fachaufsicht, Direktionsbefugnis) über die Aufgabenwahrnehmung durch die Selbstverwaltungseinrichtung haben, bedarf deren Legitimation kompensatorischer Elemente „autonomer“ Legitimation.

(5) Zwischenergebnis

Setzt man die im Entwurf näher ausgestaltete Funktion des Aufgabenträgers in Beziehung zu den hier vorgeschlagenen drei Vergleichstypen, so nimmt dieser ersichtlich eine „Mittelstellung“ ein: Er verfügt bei seinen Entscheidungen über die Verwendung öffentlicher Mittel tendenziell über größere Spielräume als der Verwaltungshelfer. Umgekehrt ist seine Position nicht durch ein den Trägern funktionaler Selbstverwaltung vergleichbares Maß an Autonomie geprägt, weil seine Aufgabe deutlich präziser staatlich definiert ist.

Am deutlichsten sind – ohne dass diese nach dem Entwurf bereits eindeutig zu bestimmen wären – die Ähnlichkeiten mit dem Subventionsempfänger. Das Ausmaß dieser Vergleichbarkeit zwischen dem Aufgabenträger einerseits und dem Typus des nach herrschender Meinung nicht legitimationsbedürftigen Subventionsempfängers andererseits hängt davon ab, wie stark das Maßnahmen- und Finanzierungskonzept konkretisiert ist. Angesichts der erheblichen Zeiträume, um die es bei der Tätigkeit des Aufgabenträgers gehen kann, und vor dem Hintergrund des von dem Entwurf - mit der Unterscheidung zwischen Maßnahmen- und Finanzierungskonzept (§ 2 Abs. 3) einerseits und Maßnahmen- und Finanzierungsplan (§ 6 Abs. 1) andererseits – selbst vorausgesetzten Konkretisierungsbedarfs bleiben Zweifel, ob man den Aufgabenträger mit einem typischen Subventionsempfänger gleichsetzen kann. Soweit sich diese Zweifel durch die konkrete Handhabung der Instrumente der Rechtsverordnung und des öffentlich-rechtlichen Vertrages ausräumen lassen, hätte dies zur Konsequenz, dass der Aufgabenträger keiner demokratischen Legitimation bedarf.

Anderenfalls könnte der Aufgabenträger von dem Erfordernis demokratischer Legitimation nicht völlig freigestellt werden. Seine hier umschriebene „Mittelstellung“ zwischen staatlich

gesteuerter Aufgabenwahrnehmung durch Private und autonomer Selbstverwaltung würde sich dann aber auswirken auf die Bestimmung des erforderlichen Legitimationsniveaus. In diesem Sinne „hilfsweise“ wird nachfolgend geprüft, ob sich eine ausreichende Legitimation des Aufgabenträgers begründen lässt.

cc. Zum erforderlichen Legitimationsniveau

Wäre das grundsätzliche Erfordernis der demokratischen Legitimation des Aufgabenträgers also zu bejahen, so ergäben sich Einschränkungen hinsichtlich des erforderlichen Legitimationsniveaus daraus, dass seine Entscheidungsbefugnisse beschränkt sind.

Die erste dieser Einschränkungen ergibt sich aus der gegenständlichen Begrenzung der Kompetenzen des Aufgabenträgers, wie sie aus § 2 Abs. 2 und 3 i. V. m. § 5 des Entwurfs und der auf der Grundlage von § 5 Abs. 1 zu erlassenden Rechtsverordnung abzuleiten ist. Nach § 2 Abs. 2 sind die Aktivitäten des Aufgabenträgers darauf beschränkt, Maßnahmen selbst zu ergreifen oder anzuregen, die geeignet sind, die in Abs. 1 genannten Ziele zu verwirklichen.

Was noch durch einige nicht abschließende („insbesondere“) Beispiele konkretisiert wird: die Ausarbeitung von Konzepten für die Entwicklung des Zentrums, die Erbringung von Dienstleistungen, die Durchführung von Bauarbeiten in Abstimmung mit den jeweiligen Berechtigten, die Bewirtschaftung von Grundstücken, die gemeinschaftliche Durchführung von Werbemaßnahmen, die Organisation von Veranstaltungen, das Treffen von Vereinbarungen mit öffentlichen Stellen oder mit ansässigen Betrieben über die Durchführung von Maßnahmen und die Abgabe von Stellungnahmen in förmlichen oder nicht förmlichen Anhörungsverfahren.

§ 2 Abs. 3 bestimmt, dass die konkreten Ziele und Maßnahmen für jeden Innovationsbereich in einem Maßnahmen- und Finanzierungskonzept festgelegt werden, welches dann über die Rechtsverordnung nach § 5 Abs. 2 und den nach § 5 Abs. 1 abzuschließenden öffentlich-rechtlichen Vertrag für den Aufgabenträger verbindlich wird. Aus der auf der Grundlage von § 5 Abs. 1 zu erlassenden Rechtsverordnung ergibt sich außerdem der exakte räumliche Zuschnitt des Innovationsbereichs, auf den sich das Maßnahmen- und Finanzierungskonzept bezieht.

Wie sich aus dieser Fassung der Aufgaben des Aufgabenträgers ergibt, stehen dem Aufgabenträger insbesondere keinerlei („klassisch-hoheitliche“) öffentlich-rechtliche Eingriffsbefugnisse gegenüber im Innovationsbereich ansässigen Rechtsträgern zu, sondern lediglich einige nicht eingriffsrelevante Kompetenzen. Dazu kommt die zeitliche Begrenzung der innovationsbereichsbezogenen Aktivitäten, wie sie § 8 des Entwurfs regelt: Aus § 8

Abs. 1 ergibt sich, dass die nach § 5 Abs. 1 zu erlassende Rechtsverordnung ihren Geltungszeitraum befristet, längstens aber nach 8 Jahren außer Kraft tritt.

Diese Einschränkungen der Ausübung öffentlicher Gewalt durch den Aufgabenträger müssen sich hinsichtlich des erforderlichen Maßes demokratische Legitimation mindernd auswirken.

b. Hinreichende demokratische Legitimation des Aufgabenträgers?

aa. Maßstäbe

Um festzustellen, ob die Tätigkeit des Aufgabenträgers über ein ausreichendes Maß an demokratischer Legitimation verfügt, ist zunächst der Frage nachzugehen, welche Maßstäbe anzulegen sind.

(1) Allgemeines zum Legitimationsmodell

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fordert das in Art. 20 Abs. 2 GG und der „Homogenitätsklausel“ des Art. 28 Abs. 1 GG

Zu dem durch Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG geforderten „Mindestmaß an Homogenität“ vgl. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 28 Rn. 53 ff.

für den Verfassungsraum der Bundesländer verankerte demokratische Prinzip, dass alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht und von diesem in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird. Diese bedürfen hierfür einer Legitimation, die sich auf die Gesamtheit der Bürger als Staatsvolk zurückführen lässt.

BVerfGE 38, 258 (271); 47, 253 (272); 77, 1 (40); 83, 60 (71); 93, 37 (66); 107, 59 (87).

Volk im Sinne dieser Verfassungsnormen und damit Legitimationssubjekt ist das jeweilige Bundes- oder Landesstaatsvolk.

BVerfGE 83, 60 (74).

Auf diese Weise normiert Art. 28 Abs. 1 GG Maßstäbe, denen das Organisationsrecht im Verfassungsraum der Länder entsprechen muss. Es muß die Ausübung von (Landes-) Staatsgewalt auf das Parlament und damit auf das Landesvolk als das Legitimationssubjekt zurückführen. Das Recht der Verwaltungsorganisation der Länder muss also die auf das Landesvolk zurückführende „Legitimationskette“ herstellen.

Zum „Kettenmodell“ der demokratischen Legitimation siehe Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1995, § 30 Rn. 15, sowie Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 20 (Demokratie) Rn. 77.

Für die unmittelbare Staatsverwaltung und die kommunale Selbstverwaltung gilt auf dieser Grundlage, dass die verfassungsrechtlich notwendige demokratische Legitimation eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern erfordert.

BVerfGE 47, 253 (275); 52, 95 (130); 77, 1 (40); 83, 60 (72 f.); 93, 37 (66), 107, 59 (87).

Die herrschende und auch vom Bundesverfassungsgericht geteilte

BVerfGE 38, 258 (271); 47, 253 (273); 83, 60 (72).

Legitimationsanschauung unterscheidet zwischen mehreren Komponenten der demokratischen Legitimation.

(2) Funktionell-institutionelle Legitimation

Die erste dieser Komponenten ist die funktionell-institutionelle demokratische Legitimation. Dahinter steht die Vorstellung, dass die Verfassung selbst die gesetzgebende Gewalt, die Verwaltung und die rechtsprechende Gewalt, ihre Organe und ihre jeweils eigenen Funktionen konstituiert, und dass diese deshalb je für sich nach Maßgabe des Staatsorganisationsrechts als demokratisch legitimierte Ausübung von Staatsgewalt autorisiert sind. Der Topos der funktionell-inhaltlichen Legitimation zielt gegen die Schaffung eines Gewaltenmonismus, etwa im Sinne eines allumfassenden Gesetzesvorbehalts für das Handeln der Exekutive.

Dazu Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1995, § 22 Rn. 15; Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 20 (Demokratie) Rn. 105; siehe etwa auch BVerfGE 49, 89 (125); 68, 1 (88).

(3) Sachlich-inhaltliche Legitimation

Die sachlich-inhaltliche Legitimation verlangt die inhaltliche Herleitung der Handlungen der Staatsorgane aus dem Willen des Volkes.

Der Begriff der sachlich-inhaltlichen Legitimation stammt von Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland,

Bd. I, 2. Aufl. 1995, § 22 Rn. 21.

Dies soll auf zwei Wegen erreicht werden, nämlich über die inhaltliche Steuerung des Handelns der Staatsorgane durch die vom gewählten Parlament erlassenen Gesetze und durch die Einordnung der entscheidungsbefugten Amtsträger in eine Aufsichts- und Weisungshierarchie, deren Spitzen – die Minister – dem Parlament verantwortlich sind. Gewichtige Stimmen sind sich jedoch weitgehend darin einig, daß die Bedeutung der sachlich-inhaltlichen Steuerung und Legitimation durch das Parlamentsgesetz dominierend ist.

So ausdrücklich Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 20 (Demokratie) Rn. 107.

Das Parlamentsgesetz verbürge wie kein anderes staatliches Steuerungsmittel Rationalität, Legitimation und Gleichbehandlung.

Schuppert/Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, S. 46.

In dieselbe Richtung geht die These, daß das parlamentarische Gesetz nach wie vor ein Angelpunkt der gesamten Systembildung sei, weil es als Steuerungsinstrument gegenüber der Verwaltung wirke,

So Schmidt-Aßmann, Zur Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, Reformbedarf und Reformansätze, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 47. Dem schließt sich Schuppert, Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates, in: ders. (Hrsg.), Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates. Symposium anlässlich des 60. Geburtstages von Christian Starck, 1995, S. 105, an.

oder die Aussage, das parlamentarische Gesetz sei eines der wichtigsten Steuerungsinstrumente, die der moderne Staat und seine Verfassung zu vergeben hätten.

Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar (Stand: 42. Lieferung, Februar 2003), Art. 20 Abs. 2 Rn. 45.

Neben das Gesetz als Mittel der Herstellung sachlich-inhaltlicher Legitimation tritt der hierarchische Aufbau der Verwaltungsorganisation. Dieser Begriff bezeichnet ein rechtliches Beziehungsgefüge, nach dem Behörden in einem Über-/Unterordnungsverhältnis stehen und den übergeordneten Behörden aufsichtliche Weisungsrechte und entsprechende Informationsrechte gegenüber den nachgeordneten Behörden zukommen.

Grundlegend für die Annahme, daß diese exekutiv-organisationsrechtliche Rechtsbeziehung als legitimatorische Beziehung in Betracht kommt, ist der Gedanke, daß die Minister als die Spitzen der Behördenhierarchie für das gesamte Handeln der ihnen nachgeordneten Exekutive

dem Parlament verantwortlich sind und deshalb auch diese Rechtsbeziehungen den parlamentarischen Willen in das Verwaltungshandeln zu transportieren geeignet sind.

Das aufsichtliche Weisungsrecht der übergeordneten Behörden hat zwei Komponenten, die Rechtsaufsicht und die Fachaufsicht. Rechtsaufsicht bedeutet, daß die übergeordneten Behörden das Verwaltungshandeln der ihnen nachgeordneten Behörden auf seine Übereinstimmung mit dem jeweils maßgeblichen Gesetzesrecht überprüfen und für den Fall des Rechtsverstößes die Korrektur des Verwaltungshandelns anmahnen bzw. zu ihr anweisen dürfen, wenn die nachgeordnete Behörde die Korrektur verweigert. Da der parlamentarische Wille zu einem nicht geringen Teil in Gesetze gefaßt ist, stellt die Rechtsaufsicht ein Mittel dar, mit dessen Hilfe die nachgeordneten Behörden zur Umsetzung des parlamentarischen Willens angehalten werden können.

Die Fachaufsicht ist hingegen das Rechtsinstitut, mit dessen Hilfe dieser Wille über die Verantwortung der Regierung (als der Exekutivspitze) gegenüber dem Parlament auch dann gegenüber nachgeordneten Behörden durchgesetzt werden kann, wenn er keinen Ausdruck im Gesetz gefunden hat. Gegenstand der Fachaufsicht ist die Ausfüllung sämtlicher bei der Gesetzesanwendung auftretender Entscheidungsspielräume durch nachgeordnete Behörden. Darüber hinaus greift die Fachaufsicht auch im Bereich der gesetzlich überhaupt nicht geregelten Verwaltungstätigkeit. In Ermangelung eines konkreten, auf die Entscheidung eines individualisierbaren Rechtsgutskonfliktes bezogenen (gesetzgeberischen) Willensaktes kann es hier jedoch nicht um die Abbildung eines klar definierten Parlamentswillens im Verwaltungshandeln gehen, sondern eher um die Abbildung der grundsätzlichen politischen Ausrichtung der jeweiligen Parlamentsmehrheit.

Geht die Ausfüllung der Entscheidungsspielräume oder das Verwaltungshandeln im gesetzlich nicht geregelten Bereich nicht mit den politischen Vorstellungen der übergeordneten Behörden und damit - über die parlamentarische Verantwortlichkeit des Ministers - der Parlamentsmehrheit konform, so haben die übergeordneten Behörden im Rahmen der Fachaufsicht die Befugnis, dieses Verwaltungshandeln der nachgeordneten Behörden zu monieren bzw. diese zur Korrektur anzuweisen.

Zur Beschreibung von Rechts- und Fachaufsicht siehe Hermes, Grundlagen der Verwaltungsorganisation und des Verwaltungshandelns, in: Meyer/Stolleis (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht für Hessen, 5. Aufl. 2000, S. 71 (86 ff.); Pöcker, Das Parlamentsgesetz im sachlich-inhaltlichen Steuerungs- und Legitimationsverbund, Der Staat 41 (2002), 616 (626 f.).

(4) Organisatorisch-personelle Legitimation

Neben die institutionellen und sachlich-inhaltlichen Legitimationsmodi tritt schließlich die organisatorisch-personelle Legitimation.

Zum Begriff Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1995, § 22 Rn. Rn. 16.

Diese verlangt, dass die Inhaber legitimationsbedürftiger Entscheidungsbefugnisse durch das Volk selbst oder durch vom Volk gewählte Organe in ihre Ämter berufen werden. Die so erreichte Legitimation ist ein „höchst vermittelter Vorgang“.

So Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 20 (Demokratie) Rn. 106.

Ein Amtsträger ist in diesem Sinne personell legitimiert, wenn er sein Amt im Wege einer Wahl durch das Volk oder das Parlament oder per Ernennung durch einen seinerseits personell legitimierten Amtsträger erhalten hat.

(5) Verhältnis der verschiedenen Legitimationsformen

Für die Beurteilung, ob ein hinreichender Gehalt an demokratischer Legitimation erreicht wird, haben die Formen der institutionellen, sachlich-inhaltlichen und der personellen Legitimation nicht je für sich Bedeutung, sondern nur in ihrem Zusammenwirken. Aus verfassungsrechtlicher Sicht entscheidend ist nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität. Notwendig ist ein bestimmtes *Legitimationsniveau*.

BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (66 f.).

Die Ausübung von Staatsgewalt ist in diesem Sinne dann ausreichend demokratisch legitimiert, wenn sich die Bestellung der Amtsträger auf das Staatsvolk zurückführen lässt und das Handeln der Amtsträger selbst eine ausreichende sachlich-inhaltliche Legitimation erfährt, d.h. die Amtsträger im Auftrag und nach Weisung der Regierung handeln und die Regierung damit in die Lage versetzen, die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament zu übernehmen.

BVerfGE 93, 37 (67 f.).

(6) Die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur funktionalen Selbstverwaltung Diese Grundsätze zur Entfaltung des demokratischen Prinzips hat das Bundesverfassungsgericht für die unmittelbare Staatsverwaltung auf Bundes- und Landesebene sowie die Selbstverwaltung in den Kommunen entwickelt. Für den Bereich der sogenannten „funktionalen Selbstverwaltung“ hat das Bundesverfassungsgericht diese recht rigiden Maßstäbe jüngst gelockert.

BVerfGE 107, 59 ff.

In dieser neueren Entscheidung führt das Bundesverfassungsgericht aus, dass das Grundgesetz den Begriff der funktionalen Selbstverwaltung zwar nicht verwende. Der Verfassungsgeber habe allerdings die bei Inkrafttreten des Grundgesetzes vorhandenen, historisch gewachsenen Organisationsformen der funktionalen Selbstverwaltung zur Kenntnis genommen und ihre grundsätzliche Vereinbarkeit mit der Verfassung anerkannt.

BVerfGE 107, 59 (91); Jestaedt, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), GG-Mitarbeiterkommentar, Bd. II, 2002, Art. 87 Rn. 93, 104.

Außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung und der in ihrem sachlich-gegenständlichen Aufgabenbereich nicht beschränkten gemeindlichen Selbstverwaltung sei das Demokratiegebot offen für andere, insbesondere vom Erfordernis lückenloser personeller demokratischer Legitimation aller Entscheidungsbefugten abweichende Formen der Organisation und Ausübung von Staatsgewalt. Eine solche Interpretation des Art. 20 Abs. 2 GG ermögliche es zudem, die im demokratischen Prinzip wurzelnden Grundsätze der Selbstverwaltung und der Autonomie

BVerfGE 33, 125 (159).

angemessen zur Geltung zu bringen. Im Rahmen der repräsentativ verfassten Volksherrschaft erlaubt das Grundgesetz auch besondere Formen der Beteiligung von Betroffenen bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben.

BVerfGE 107, 59 (91).

Hinter diesen Grundlegungen steht ein Verständnis des Art. 20 Abs. 2 GG als eines Verfassungsprinzips, das entwicklungs offen zu verstehen ist. Das „Ausgehen der Staatsgewalt“ vom Volk müsse für das Volk wie auch die Staatsorgane jeweils konkret erfahrbar und praktisch wirksam sein. Bei veränderten Verhältnissen können dann auch nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts Anpassungen notwendig werden.

BVerfGE 107, 59 (91); Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar (Stand:

42. Lieferung, Februar 2003), Art. 20 Abs. 2 Rn. 36; Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 20 (Einführung), Rn. 10.

Funktionale Selbstverwaltung ergänze und verstärke das demokratische Prinzip. Sie kann als Ausprägung dieses Prinzips verstanden werden, soweit sie der Verwirklichung des übergeordneten Ziels der freien Selbstbestimmung aller diene. Demokratisches Prinzip und Selbstverwaltung stehen nach dem Bundesverfassungsgericht unter dem Grundgesetz nicht im Gegensatz zueinander. Sowohl das Demokratieprinzip in seiner traditionellen Ausprägung einer ununterbrochen auf das Volk zurückzuführenden Legitimationskette für alle Amtsträger als auch die funktionale Selbstverwaltung als organisierte Beteiligung der sachnahen Betroffenen an den sie berührenden Entscheidungen verwirklichten die sie verbindende Idee des sich selbst bestimmenden Menschen in einer freiheitlichen Ordnung.

BVerfGE 107, 59 (92); Dazu auch Maihofer, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994, S. 490 ff.

Das demokratische Prinzip des Art. 20 Abs. 2 GG erlaube es deshalb, durch Gesetz für abgegrenzte Bereiche der Erledigung öffentlicher Aufgaben besondere Organisationsformen der Selbstverwaltung zu schaffen. Dadurch dürfe ein wirksames Mitspracherecht der Betroffenen geschaffen und verwaltungsexterner Sachverstand aktiviert werden. Mit der Übertragung der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in Formen der Selbstverwaltung dürfe der Gesetzgeber das Ziel verfolgen, einen sachgerechten Interessenausgleich zu erleichtern, und so dazu beitragen, dass die von ihm beschlossenen Zwecke und Ziele effektiver erreicht würden.

BVerfGE 37, 1 (26 f.); vgl. auch Unruh, Demokratie und „Mitbestimmung“ in der funktionalen Selbstverwaltung – am Beispiel der Emschergenossenschaft, VerwArch. 92 (2001), 531 (536 f., 554).

In diesem Zusammenhang aktiviert das Bundesverfassungsgericht einen aus der sog. Steuerungsdiskussion geläufigen Topos: Gelingen es, die eigenverantwortliche Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe mit privater Interessenwahrung zu verbinden, so steigere dies die Wirksamkeit des parlamentarischen Gesetzes. Denn die an der Selbstverwaltung beteiligten Bürger nähmen die öffentliche Aufgabe dann auch im wohlverstandenen Eigeninteresse wahr. Sie seien dann der öffentlichen Gewalt nicht nur passiv unterworfen, sondern an ihrer Ausübung aktiv beteiligt.

BVerfGE 107, 59 (92).

Wählt der Gesetzgeber für bestimmte öffentliche Aufgaben die Organisationsform der Selbstverwaltung, so darf er nach dem Bundesverfassungsgericht allerdings keine

Ausgestaltung vorschreiben, die mit dem Grundgedanken autonomer interessengerechter Selbstverwaltung einerseits und effektiver öffentlicher Aufgabenwahrnehmung andererseits unvereinbar ist. Deshalb müssen die Regelungen über die Organisationsstruktur der Selbstverwaltungseinheiten auch ausreichende institutionelle Vorkehrungen dafür enthalten, dass die betroffenen Interessen angemessen berücksichtigt und nicht einzelne Interessen bevorzugt werden.

BVerfGE 37, 1 (27 f.); 107, 59 (93); Groß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S. 251 f..

Die Auswahl der auf Organisationseinheiten der Selbstverwaltung zu übertragenden Aufgaben und die Regelung der Strukturen und Entscheidungsprozesse, in denen diese bewältigt werden, stehen nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts weitgehend im Ermessen des Gesetzgebers.

BVerfGE 107, 59 (93); zuvor 10, 89 (102, 104); siehe auch BVerfGE 37, 1 (26).

Zu den Aufgabenbereichen, auf denen funktionale Selbstverwaltung nach den dargestellten Maßgaben vorgesehen werden kann, wird nichts Abschließendes ausgeführt. Es werde sich aber – so das Bundesverfassungsgericht - überwiegend um überschaubare Aufgabenbereiche handeln, bei denen die Erledigung durch Organisationseinheiten der Selbstverwaltung historisch überkommen sei und sich traditionell bewährt habe. Von einer Übertragung ausgeschlossen seien diejenigen öffentlichen Aufgaben, die der Staat selbst durch seine eigenen Behörden als Staatsaufgaben im engeren Sinne wahrnehmen muss.

BVerfGE 107, 59 (93); 38, 281 (299).

Weiterhin führt das Bundesverfassungsgericht aus, dass es die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit bei der Schaffung und näheren Ausgestaltung von Organisationseinheiten der Selbstverwaltung sogar erlaube, den Selbstverwaltungsträger zu verbindlichem Handeln mit Entscheidungscharakter zu ermächtigen. Dabei wird allerdings auch deutlich, dass dem Bundesverfassungsgericht als Träger funktionaler Selbstverwaltung primär öffentlich-rechtliche Körperschaften vorschweben. Es bezieht die Befugnis zu verbindlichem Handeln mit Entscheidungscharakter nämlich - in begrenztem Umfang - auch auf ein Handeln gegenüber Dritten, die es dann ausdrücklich als „Nichtmitglieder“ bezeichnet.

BVerfGE 107, 59 (93).

Daran schließt das Bundesverfassungsgericht die Feststellung an, dass nicht bereits die Erledigung öffentlicher Aufgaben als solche, wohl aber die Befugnis zu verbindlichem Handeln mit Entscheidungscharakter es erforderlich mache, Maßnahmen, die die jeweilige

Selbstverwaltungskörperschaft bei der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben ergreift, am Maßstab des Art. 20 Abs. 2 GG zu messen. Das bedeute im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung nicht, dass dies im Wege einer lückenlosen personellen Legitimationskette vom Volk zum einzelnen Entscheidungsbefugten zu geschehen habe. Verbindliches Handeln mit Entscheidungscharakter sei den Organen von Trägern der funktionalen Selbstverwaltung aus verfassungsrechtlicher Sicht aber gestattet, weil und soweit das Volk auch insoweit sein Selbstbestimmungsrecht wahrt, indem es maßgeblichen Einfluss auf dieses Handeln behält. Dies mache es erforderlich, dass die Aufgaben und Handlungsbefugnisse der Organe in einem von der Volksvertretung beschlossenen Gesetz ausreichend vorherbestimmt seien und ihre Wahrnehmung der Aufsicht personell demokratisch legitimerter Amtswalter unterlägen.

BVerfGE 107, 59 (94); Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 285 ff.; Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 331; Britz, Die Mitwirkung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Einrichtungen des öffentlichen Rechts, VerwArch 91 (2000), 418 (433 ff.).

bb. Elemente demokratischer Legitimation des Aufgabenträgers

Untersucht man auf der Grundlage der referierten Vorgaben, ob die Tätigkeit des Aufgabenträgers ausreichend demokratisch legitimiert ist, so lassen sich zunächst zu den einzelnen Elementen der Vermittlung demokratischer Legitimation die folgenden Feststellungen treffen:

(1) Sachlich-inhaltliche Legitimation

Den Anforderungen sachlich-inhaltlicher Legitimation in Gestalt des parlamentarischen Gesetzes ist durch den Entwurf Genüge getan. Relevant wird hier wiederum § 2 Abs. 1 und Abs. 2, allerdings nicht in seiner Funktion als Aufgabenzuweisungsnorm, sondern als bindende inhaltliche Handlungsanweisung für die Tätigkeit des Aufgabenträgers. Indem § 2 Abs.1 des Entwurfs vorsieht, dass es Ziel eines Innovationsbereichs ist, die Attraktivität eines Einzelhandels- und Dienstleistungszentrums für Kunden und Besucher zu erhöhen und die Rahmenbedingungen für die in diesem Bereich niedergelassenen Einzelhandels- und Dienstleistungsbetriebe zu verbessern, um die jeweiligen Standorte zu stärken, und dies in Abs. 2 um beispielhaft aufgezählte Aufgaben des Innovationsreichs ergänzt wird,

Siehe dazu im einzelnen oben Teil 2, B. II. 1. a. bb.

wird die Tätigkeit des Aufgabenträgers – wenn auch unter Belassung eines gewissen Spielraums – als strikt zu beachtende Grenze an die Zweckvorstellungen des parlamentarischen Gesetzgebers gebunden. Daran ändert es auch nichts, dass die für einzelne Innovationsbereiche zu bestimmenden konkreten Ziele und Maßnahmen abschließend erst in dem Maßnahmen- und Finanzierungskonzept festgelegt werden sollen. Denn diese Festsetzung stellt nur eine Konkretisierung der in § 2 Abs. 1 und 2 umschriebenen Aufgaben und Ziele dar, da für die Rechtsverordnung ebenso wie für den abzuschließenden öffentlich-rechtlichen Vertrag der Vorrang des Gesetzes gilt und diese sich deshalb im Rahmen des nach § 2 Abs. 1 und 2 Zulässigen halten müssen.

Neben diese sachlich-inhaltliche Legitimation durch das Gesetz treten die aufsichtsrechtlichen Rechtsbeziehungen ergänzend hinzu. In dieser Hinsicht relevant ist zunächst § 6 Abs. 3, wonach die Handelskammer Hamburg die ordnungsgemäße Geschäftsführung des Aufgabenträgers überwacht und die Aufsichtsbehörde auf Antrag der Handelskammer den Aufgabenträger abberuft und den öffentlich-rechtlichen Vertrag kündigt, wenn der Aufgabenträger begründeten Beanstandungen nicht abhilft.

Die Überwachung der Geschäftsführung durch die Handelskammer stellt eine ausreichende aufsichtsrechtliche Rückkoppelung an den Senat und - auf diese Weise vermittelt - an die Bürgerschaft dar, weil die Handelskammer als Körperschaft der funktionalen Selbstverwaltung nach § 15 Abs. 1 des Gesetzes über die vorläufige Regelung der Rechtsverhältnisse der Handelskammer Hamburg

Vom 27. Februar 1956; zuletzt geändert am 12. März 1984. Das Gesetz ist aufgehoben, soweit es dem Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammer vom 18.12.1956 (BGBl. I 920) widerspricht - § 11 Abs. 3 des Gesetzes -; außer Kraft getreten sind dadurch indes nur die §§ 2, 4, 10, 12 Abs. 2 S. 2 zweiter Halbsatz und Abs. 3 S. 2, 15 Abs. 2.

selbst der Staatsaufsicht unterliegt, die in Selbstverwaltungsangelegenheiten als Rechtsaufsicht und in Auftragsangelegenheiten als fachaufsichtliches Weisungsrecht der Aufsichtsbehörde verfaßt ist. Dabei kann offen bleiben, ob die Überwachung der Geschäftsführung des Aufgabenträgers in diesem Sinne eine Auftrags- oder eine Selbstverwaltungsangelegenheit der Handelskammer darstellt. Denn im Ergebnis ist insbesondere wegen des Fehlens „klassisch-hoheitlicher“ Eingriffsbefugnisse kein Grund ersichtlich, der es geboten erscheinen lässt, dass die aufsichtliche Rückkoppelung der Tätigkeit des Aufgabenträgers als durchgehende volle fachaufsichtliche Weisungskette geregelt sein müsste.

(2) Personelle Legitimation

Selbst wenn man die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für den Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung geltenden Maßstäbe der personellen demokratischen Legitimation auf die Tätigkeit des Aufgabenträgers anwendet,

Dass dies nicht zwingend ist, folgt daraus, dass der Status des Aufgabenträgers – wie gezeigt – eher einem Träger funktionaler Selbstverwaltung vergleichbar ist.

so zeigt sich, dass sich die Tätigkeit des Aufgabenträgers im Wege einer ununterbrochenen Legitimationskette auf das Legitimationssubjekt, das Volk der Freien und Hansestadt Hamburg, zurückführen lässt.

Problematisch ist insoweit nur der Akt, auf dessen Grundlage der Aufgabenträger seine öffentlich-rechtlichen Aufgaben wahrnimmt. Dies ist in Ermangelung anderer unmittelbarer rechtlicher Kontakte zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und dem Aufgabenträger der öffentlich-rechtliche Vertrag nach § 5 Abs. 1.

Weder Literatur noch Rechtsprechung haben bisher klar herausgearbeitet, welche inhaltlichen Anforderungen an einen Akt zu stellen sind, der personelle demokratische Legitimation zu vermitteln in der Lage ist.

Den einschlägigen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts und der Literatur liegt allerdings modellhaft das Bild der klassischen Beamtenernennung zu Grunde. Da ein Beamtenernennungsakt im engeren Sinne zur Übertragung demokratischer Legitimation nicht maßgeblich sein kann,

Dies zeigt sich bereits daran, dass auch andere Akte als Beamtenernennungen als Übertragungsakte personeller Legitimation zugelassen werden, so etwa die Berufung von Mitgliedern in Entscheidungsgremien.

müssen als in personeller Hinsicht legitimationsspendende Akte auch solche anerkannt werden, die der Beamtenernennung funktionsäquivalent sind. Erforderlich ist deshalb, dass dem legitimationsspendenden Akt eine auf die Anforderungen der wahrzunehmenden öffentlichen Funktion bezogene Eignungsprüfung in persönlicher und sachlicher Hinsicht vorausgeht.

Ansätze in dieser Richtung bei Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar (Stand: 42. Lieferung, Februar 2003), Art. 20 Abs. 2 GG Rn. 53, und Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, S. 274.

Dies ist bei dem nach § 5 Abs. 1 zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und dem

Aufgabenträger abzuschließenden öffentlich-rechtlichen Vertrag der Fall. Der Vertrag stellt deshalb einen zur „klassischen“ Beamtenernennung funktionsäquivalenten und daher in legitimatorischer Hinsicht gleichwertigen Akt dar.

Dazu bedarf es allerdings einer entsprechenden Auslegung des § 4 Abs. 4 S. 2 des Entwurfs, die gegenüber einer allein am Wortlaut ausgerichteten Auslegung einerseits einschränkenden und andererseits erweiternden Inhalt hat: Einschränkend insoweit, als das dem Wortlaut nach gegebene Ermessen der Anhörungsbehörde, den Antrag des Aufgabenträgers abzulehnen, wenn das Maßnahmen- und Finanzierungskonzept zur Verwirklichung der Grundsätze nach § 1 und der Ziele nach § 2 nicht geeignet ist, öffentliche Belange oder Rechte Dritter beeinträchtigt oder die Abgabepflichtigen unverhältnismäßig belasten würde, auf eine Pflicht zur Antragsablehnung zu verengen ist; erweiternd insoweit, als die Versagungsgründe des § 4 Abs. 4 um das Fehlen der ausreichenden finanziellen Leistungsfähigkeit des Aufgabenträgers und seiner persönlichen Zuverlässigkeit zu ergänzen sind. Diese Auslegung trägt nicht nur den Erfordernissen der personellen demokratischen Legitimation Rechnung, sie steht auch mit dem sachlichen Regelungsgehalt in Übereinstimmung: Die ausreichende finanzielle Leistungsfähigkeit ist in § 3 Abs. 2 ohnehin als materielle Anforderung an den Aufgabenträger normiert. Dies zeigt zugleich allgemein, dass subjektive Anforderungen an den Aufgabenträger dem Entwurf nicht fremd sind, so dass auch die Ergänzung um die persönliche Zuverlässigkeit mit dem Regelungsprogramm des Entwurfs in Einklang steht. Die Verengung des Versagungsermessens auf eine Pflicht ergibt sich daraus, dass kein Grund denkbar oder ersichtlich ist, der bei Vorliegen von Versagungsgründen die Weiterführung des Verfahrens dennoch rechtfertigen würde und bei Fehlen von Versagungsgründen dem Abschluß des öffentlich-rechtlichen Vertrages noch entgegenstehen könnte.

(3) Heranziehung der Entscheidung BVerfGE 107, 59 ff.

Daneben stellt sich die Frage, inwieweit die zahlreichen Mitwirkungsrechte Privater an der Kreation des Aufgabenträgers (§ 4 Abs. 4) und ihre weitere Mitwirkung an der Überwachung und Kontrolle seiner Geschäftsführung (wie sie in § 6 Abs. 1 und 2 über Veröffentlichungspflichten, Widerspruchsrechte der betroffenen Grundstückeigentümer und darauf aufbauenden Anpassungspflichten institutionalisiert ist) geeignet sind, zusätzliche demokratische Legitimation zu spenden. Dies ist insofern problematisch, als es sich hierbei um eine Form der Betroffenenpartizipation handelt, die nach der herkömmlichen Legitimationsanschauung des Bundesverfassungsgerichts nicht zur Vermittlung

demokratischer Legitimation geeignet ist. Deswegen ist die Frage aufzuwerfen, ob sich nach der dargestellten neuen Wasserverbandsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts insofern Abweichendes ergibt.

Zunächst ist insoweit festzustellen, dass sich diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, aus der sich die Berücksichtigungsfähigkeit partizipatorischer Elemente im Rahmen der demokratischen Legitimation allgemein ergibt, ausdrücklich nur auf klassische Formen funktionaler Selbstverwaltung bezieht, also auf außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung stehende körperschaftlich organisierte Selbstverwaltungsträger wie Kammern etc. Dies ergibt sich aus der der Entscheidung zu Grunde liegenden Unterscheidung zwischen den Modi personell-demokratischer Legitimation, die nur für die unmittelbare Staatsverwaltung des Bundes und der Länder sowie die Gemeinden gelten soll, und dem davon kategorial geschiedenen partizipatorischen Modus demokratischer Legitimation, wie er jetzt für die funktionale Selbstverwaltung gelten soll. Daß das Bundesverfassungsgericht unter funktionaler Selbstverwaltung nur körperschaftlich organisierte Einheiten versteht, zeigt sich an der oben bereits wiedergegebenen Wendung, dass die (als solche hier nicht interessierende) Befugnis zu verbindlichem Handeln mit Entscheidungscharakter auch auf ein Handeln gegenüber Dritten erstreckt, die als „Nichtmitglieder“ bezeichnet werden.

BVerfGE 107, 59 (93).

Indes enthält das Urteil aber auch klare Hinweise darauf, dass das neue Konzept partizipatorischer Legitimation auch außerhalb des engeren Bereiches körperschaftlich organisierter funktionaler Selbstverwaltung greifen kann und insofern ein allgemeines Prinzip darstellt, das auf breiterer Basis neben die herkömmlichen Legitimationsmodi tritt. Dies ergibt sich daraus, dass die vom Bundesverfassungsgericht bemühten Argumentationstopoi inhaltlich nicht an bestimmte Organisationsformen gebunden sind, sondern hiervon unabhängig sind und deutlich weiter weisen.

Wesentlich ist insoweit zunächst, dass das Bundesverfassungsgericht selbst in seiner Entscheidung die funktionale Selbstverwaltung *materiell-inhaltlich* definiert als „organisierte Beteiligung der sachnahen Betroffenen an den sie berührenden Entscheidungen“

BVerfGE 107, 59 (92).

und dies ergänzt durch den Gedanken eines wirksamen Mitspracherechtes der Betroffenen und der Aktivierung verwaltungsexternen Sachverständigen.

BVerfGE 107, 59 (92).

Diese Aussage steht vor dem Hintergrund eines allgemein als „entwicklungsoffen“ beschriebenen Demokratieprinzips, das veränderten Verhältnissen angepasst werden muß.

BVerfGE 107, 59 (91).

Auch der Gedanke einer Ergänzung und Verstärkung des demokratischen Prinzips durch partizipatorische Elemente, „soweit sie der Verwirklichung des übergeordneten Ziels der freien Selbstbestimmung aller“ dienen, weist auf ein umfassendes und nicht notwendig an körperschaftliche Organisationsformen beschränktes Verständnis der funktionalen Selbstverwaltung hin.

BVerfGE 107, 59 (92).

Schließlich ist auch der vom Bundesverfassungsgericht herangezogene - wie erwähnt aus der Steuerungsdiskussion entlehnte - Gesichtspunkt der Wirksamkeitssteigerung des parlamentarischen Gesetzes, der sich aus der Verbindung eigenverantwortlicher Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe mit privater Interessenwahrung vor dem Hintergrund herleitet, dass die an der Selbstverwaltung beteiligten Bürger die öffentliche Aufgabe auch im wohlverstandenen Eigeninteresse wahrnehmen, eindeutig nicht an körperschaftliche Organisationsformen gebunden.

BVerfGE 107, 59 (92).

Aus diesen weit reichenden konzeptionellen Gesichtspunkten folgt also, dass der Gedanke partizipatorischer demokratischer Legitimation über den Bereich körperschaftlich organisierter funktionaler Selbstverwaltung hinausreichen muss und die Einschaltung Privater in Kreation und Kontrolle des Aufgabenträgers, wie sie der Entwurf vorsieht, deswegen prinzipiell geeignet sein muss, demokratische Legitimation zu vermitteln. Gleichzeitig ergibt sich aus den weiteren Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in der Wasserverbände-Entscheidung auch eine Voraussetzung, die zu beachten ist, damit diese legitimatorische Wirkung Platz greifen kann. Die konkrete Ausgestaltung der Partizipation muß nach dem Urteil mit dem Grundgedanken autonomer interessengerechter Selbstverwaltung einerseits und effektiver öffentlicher Aufgabenwahrnehmung andererseits vereinbar sein; die einschlägigen Regelungen müssen ausreichende institutionelle Vorkehrungen dafür enthalten, dass die betroffenen Interessen angemessen berücksichtigt und nicht einzelne Interessen bevorzugt werden.

Die durch den Entwurf gewählte Ausgestaltung der Betroffenenpartizipation wird diesen

Vorgaben gerecht. Die vom Gesetzgeber gewählten Quoren, nach denen 30 % der Betroffenen bewirken können, dass ein Antrag eines Aufgabenträgers abgelehnt wird (§ 4 Abs. 4; Mitwirkung an der Kreation des Aufgabenträgers) und nach denen ebenfalls 30 % der Betroffenen durch Widerspruch die Möglichkeit haben, auf eine Anpassung des alljährlichen Maßnahmen- und Wirtschaftsplanes an das Maßnahmen- und Finanzierungskonzept hinzuwirken, sind weder zu hoch angesetzt (und beschränken damit die partizipatorische Komponente nicht zu intensiv), noch gewichten sie die partizipatorische Komponente zu stark zu Lasten der Effizienz der Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe der Quartiersaufwertung und damit der Erreichung des Gesetzeszwecks.

Unter Zugrundelegung der neuen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts unproblematisch ist schließlich auch der dem Aufgabenträger zugewiesene Aufgabenbereich der Quartiersaufwertung. Das bei der Auswahl der zu übertragenden Aufgaben dem Gesetzgeber zustehende weite Ermessen ist nicht überschritten. Denn das vom Bundesverfassungsgericht vorgegebene Negativkriterium einer Aufgabe, die der Staat selbst durch seine eigenen Behörden als Staatsaufgaben im engeren Sinne wahrnehmen muss, ist bei der bisher ausschließlich privat (Verkehrsvereine etc) organisierten Quartiersaufwertung ersichtlich nicht erfüllt.

c. Zwischenergebnis: Ausreichendes Legitimationsniveau

Stellt man nun auf dieser Grundlage den Bezug her zwischen der vom Aufgabenträger ausgeübten öffentlichen Gewalt und ihren Charakteristika auf der einen und den einzelnen Elementen der Vermittlung demokratischer Legitimation auf der anderen Seite, so ergibt sich ein hinreichendes Legitimationsniveau: Gemessen daran, dass der Aufgabenträger lediglich insoweit öffentliche Gewalt ausübt, als ihm eine (begrenzte) Dispositionsbefugnis über öffentliche Mittel zusteht, während ihm klassische Eingriffsbefugnisse fehlen, stellt sich die über die gesetzliche Umschreibung seiner Kompetenzen und die aufsichtliche Anbindung an die Handelskammer Hamburg (sachlich-inhaltliche Legitimation) und den öffentlich-rechtlichen Vertrag (personelle Legitimation) gewährleistete demokratische Legitimation als ausreichend dar. Das erforderliche Legitimationsniveau wird somit unabhängig von den durch die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

BVerfGE 107, 59 ff.

eröffneten Möglichkeiten partizipatorischer demokratischer Legitimation erreicht. Dies hindert allerdings nicht, in den als Betroffenenpartizipation zu qualifizierenden Elementen des

Entwurfs hinsichtlich Kreation und Kontrolle des Aufgabenträgers ein zusätzliches, neben die klassischen Legitimationsformen tretendes Element der Vermittlung demokratischer Legitimation zu sehen. Insgesamt erweisen sich also die den Aufgabenträger betreffenden Regelungen des Entwurfs als vereinbar mit dem Demokratieprinzip.

2. Finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit der Abgabe

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gibt es keinen feststehenden, verbindlichen Kanon verfassungsrechtlich zulässiger Abgaben,

Vgl. BVerfGE 11, 105 (117); 14, 312 (317 f.); 75, 108 (147 f.); 81, 156 (186 ff.); 82, 159 (181); 93, 319 (342); 108, 1 (15); 108, 186 (215); P. Kirchhof, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 2. Aufl. 1999, § 88 Rn. 269.

so dass die Zuordnung einer Abgabe zu einem bestimmten, anerkannten Abgabentyp nicht unmittelbar über deren Zulässigkeit entscheidet. Jedoch bleiben nach der Rechtsprechung die materiellen Voraussetzungen finanzverfassungsrechtlicher Zulässigkeit einer Abgabe abhängig von der Rechtsnatur der jeweiligen Abgabe. Die Untersuchung der Abgabe gemäß § 7 des Entwurfs erfordert daher nunmehr - nachdem bereits im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenzen festgestellt worden ist, dass es sich dabei nicht um eine Steuer handelt -

Vgl. oben 2. Teil, B. I. 2. a.

zunächst eine nähere Untersuchung des Rechtscharakters der Abgabe und anschließend eine Überprüfung anhand der einschlägigen finanzverfassungsrechtlichen Kriterien.

a. *Rechtliche Qualifikation der Abgabe: Beitrag oder Sonderabgabe?*

Die frühere Dreiteilung der Abgabentypen in Steuern, Gebühren und Beiträge hat sich unter dem Grundgesetz schon früh als zu eng erwiesen.

Vgl. BVerfGE 4, 7 (13 f.).

Heute können Abgaben zunächst in Steuern und nichtsteuerliche Abgaben unterteilt werden und letztere - zu denen die Abgabe gemäß § 7 rechnet - wiederum in sog. Vorzugslasten, d.h. Gebühren und Beiträge, und sog. Sonderabgaben (sowie sonstige nichtsteuerliche Abgaben).

Drüen, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 3 AO Rn. 7; Henneke, Öffentliches Finanzwesen. Finanzverfassung, 2. Aufl. 2000, Rn. 274. Das Bundesverfassungsgericht ist von der ursprünglichen Annahme, die Sonderabgabe sei eine Auffangkategorie für alle nicht unter den Steuer-, Gebühren- und Beitragsbegriff fallenden Abgaben (vgl. BVerfGE 67, 256 [274 ff.]), nach und nach abgerückt und nimmt inzwischen neben (echten) Sonderabgaben auch noch weitere nichtsteuerliche Abgaben an (vgl. BVerfGE 81, 156 [187]; 82, 159 [181], 93, 319 [344]); dazu Schiller, Sonderabgaben mit einer wirtschaftslenkenden Antriebs- und Sanktionsfunktion in der Wirtschafts- und Finanzverfassung des Grundgesetzes, 2000, S. 10 ff.

Die Vorzugslasten zeichnen sich dadurch aus, dass sie die Gegenleistung für eine besondere Leistung der Verwaltung darstellen.

Drüen, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 3 AO Rn. 19.

Innerhalb der Vorzugslasten ist dabei zwischen Gebühren und Beiträgen danach zu differenzieren, ob die Abgabe die Gegenleistung für die tatsächliche Inanspruchnahme einer staatlichen Leistung oder aber nur für das bevorzugte Angebot einer Leistung der öffentlichen Hand – ohne Rücksicht auf deren tatsächlichen Empfang – darstellt.

Henneke, Öffentliches Finanzwesen. Finanzverfassung, 2. Aufl. 2000, Rn. 413. Vgl. auch BVerfGE 108, 1 (26).

Da im vorliegenden Fall die Abgabe eindeutig nicht an die tatsächliche Inanspruchnahme einer bestimmten Leistung der öffentlichen Hand anknüpft, könnte es sich allein um eine Vorzugslast in Gestalt eines Beitrags handeln. Sollte es sich nicht um einen Beitrag handeln, bliebe die Qualifikation als (echte) Sonderabgabe; eine hiervon zu unterscheidende sonstige nichtsteuerliche Abgabe im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt ausgehend von der Annahme, dass die Abgabe eine Finanzierungsfunktion verfolgt, nämlich den Zweck der Finanzierung der vom Aufgabenträger durchzuführenden Maßnahmen im Innovationsbereich (vgl. § 7 Abs. 1 S. 1 des Entwurfs), nicht in Betracht.

Zur Maßgeblichkeit eines solchen Finanzierungszwecks für die Annahme einer (echten) Sonderabgabe vgl. BVerfGE 56, 256 (278); 81, 156 (187); 82, 159 (181); 93, 319 (344); 108, 186 (217); Henneke, Öffentliches Finanzwesen. Finanzverfassung, 2. Aufl. 2000, Rn. 451.

aa. Die Unterscheidung von Beitrag und Sonderabgabe

Für die nähere Qualifikation wird danach hier maßgeblich die Unterscheidung zwischen Beitrag und Sonderabgabe.

Vgl. dazu BVerfGE 93, 319 (342 f.); Jarass, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende

Steuern unter dem Grundgesetz, 1999, S. 4; Drüen, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 3 AO Rn. 7.

Sie scheint zunächst klar, wenn wesentliches Merkmal einer Sonderabgabe nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts sein soll, „dass sie eine Geldleistungspflicht begründet, der keine Gegenleistung der öffentlichen Hand entspricht“,

BVerfGE 78, 249 (267).

während das Kennzeichen des Beitrags als einer Vorzugslast gerade die Gegenleistungsabhängigkeit sein soll; entscheidend auch für den Beitrag soll danach der Nachweis der Bereitstellung einer individualisierbaren Gegenleistung der Verwaltung sein.

Tettinger, Der Kammerbeitrag als Verbandslast, in: Drenseck/Seer (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag, 2001, S. 79 (85).

Die scheinbare Klarheit der Abgrenzung verliert sich freilich ein Stück weit. Gerade die zunächst vorausgesetzte Gegenleistungsunabhängigkeit rückt nämlich sonstige nichtsteuerliche Abgaben in ein prekäres Konkurrenzverhältnis zur Steuer und macht – mit Rücksicht insbesondere auf die bundesstaatliche Finanzverfassung, die Vollständigkeit des Haushaltsplans sowie die Lastengleichheit unter den Bürgern - eine besondere Rechtfertigung erforderlich.

Vgl. BVerfGE 55, 274 (298 f.); 82, 159 (178 f.); 93, 319 (342 f.); 108, 1 (16); 108, 186 (215 f.).

Diese besondere Rechtfertigung sonstiger nichtsteuerlicher Abgaben soll aber der Sache nach gerade auch in dem Ausgleich von Gegenleistungen liegen können. In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht Sonderabgaben verschiedentlich mit korrespondierenden Vorteilen der Abgabepflichtigen gerechtfertigt

Vgl. z.B. BVerfGE 37, 1 (17); weitere Nachweise bei Drüen, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 3 AO Rn. 31b.

bzw. in seiner jüngeren Rechtsprechung häufiger Abgaben mit Rücksicht darauf, dass sie nicht voraussetzungslos geschuldet seien, nicht als Sonderabgabe qualifiziert und dann als sonstige nichtsteuerliche Abgabe für zulässig erklärt;

BVerfGE 78, 249 (266 ff.); 81, 156 (186 ff.); 93, 319 (346 f.); 99, 202 (212). Vgl.

dazu Schiller, Sonderabgaben mit einer wirtschaftslenkenden Antriebs- und Sanktionsfunktion in der Wirtschafts- und Finanzverfassung des Grundgesetzes, 2000, S. 56 Fn. 281.

im Ergebnis entspricht dies Literaturstimmen, die gerade auch in der Gegenleistungsabhängigkeit eine mögliche finanzverfassungsrechtliche Rechtfertigung von Sonderabgaben sehen.

Vgl. Drüen, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung. Kommentar (Stand: 103. Lieferung Mai 2004), § 3 AO Rn. 29a ff., mit der Unterscheidung zwischen sog. rechtspflichtbezogenen Sonderabgaben, die diese besondere Rechtfertigung aus einer vorausliegenden Rechtspflicht erfahren, und sog. gegenleistungsabhängigen Sonderabgaben, wo die Rechtfertigung aus einer Gegenleistung folgen soll.

Anerkennt man als Rechtfertigung von Sonderabgaben bzw. sog. sonstigen nichtsteuerlichen Abgaben auch die Gegenleistungsabhängigkeit, stellt sich Frage nach weiteren Differenzierungsmerkmalen im Verhältnis zum Beitrag. Dieser Unterschied wird zum einen darin gesucht, dass der Beitrag die Erfüllung einer Staatsaufgabe, die Sonderabgabe hingegen die Erfüllung einer Gruppenaufgabe finanziere.

Vgl. BVerfGE 82, 159 (178), zum Absatzfonds der Land-, Forst- und Ernährungswirtschaft: „Belastungsgrund ist nicht eine der Agrarwirtschaft bevorzugt angebotene Staatsleistung, sondern die Absatzförderung im Wege staatlich organisierter Selbsthilfe.“

Zum anderen soll der Beitrag in den allgemeinen Staatshaushalt, die Sonderabgabe hingegen in einen der gruppennützigen Verwendung vorbehaltenen Sonderfonds fließen und dort verwaltet werden.

Vgl. BVerfGE 101, 141 (148); Henneke, Öffentliches Finanzwesen. Finanzverfassung, 2. Aufl. 2000, Rn. 416.

Die Tragfähigkeit des Abstellens auf den Charakter als staatliche Aufgabe bzw. Gemeinlast oder als Gruppenaufgabe wird allerdings mit guten Gründen in Frage gestellt, weil dieses Kriterium nicht hinreichend scharf zwischen staatlichen Aufgaben bzw. Aufgaben der Allgemeinheit und Gruppenaufgaben, die ja ebenfalls keine rein privaten bleiben, sondern durch das Eingreifen des Gesetzgebers zu öffentlichen Aufgaben gemacht werden, unterscheiden könne.

Maunz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar (Stand: 42. Lieferung, Februar 2003), Art. 105 Rn. 11.

Exemplarisch und für den vorliegenden Zusammenhang besonders aufschlussreich zeigt die Rechtsprechung zu den Mitgliedsbeiträgen zu öffentlich-rechtlichen Zwangsverbänden, die diese mit überwiegender Zustimmung der Literatur auch abgabenrechtlich als Beiträge qualifiziert.

BVerfGE 38, 281 (311); NVwZ 2001, 190 (191); BVerwGE 39, 100 (107); 92, 24 (26); 109, 97 (110 f.). Siehe auch Henneke, Öffentliches Finanzwesen. Finanzverfassung, 2. Aufl. 2000, Rn. 418.

In dieser Rechtsprechung wird zum einen deutlich, dass die Unterscheidung zwischen allgemeinen Staatsaufgaben und -leistungen und – aus einem besonderen Fonds finanzierten - Gruppenaufgaben zumindest fragwürdig ist; so betont etwa das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich, dass die – durch die Mitgliedsbeiträge finanzierten – Aufgaben gerade nur solche sein dürfen, die sich durch gruppenspezifische Zielsetzungen auszeichnen, da nur sie durch den Verbandszweck legitimiert sind.

Vgl. zum Semesterticket BVerwGE 109, 97 (103), sowie BVerfG, NVwZ 2001, 190 (191), wo ebenfalls erst der gruppenspezifische soziale Belang betont und danach knapp die Qualifikation als Beitrag bestätigt wird.

Zum anderen lassen diese Entscheidungen schon die Möglichkeit der Inanspruchnahme der im Interesse der Mitglieder liegenden Dienste der Zwangskörperschaft als Vorteil im Sinne des Beitragsbegriffs genügen,

BVerwGE 109, 97 (111).

und zwar selbst wenn dieser Nutzen nicht messbar ist, sondern weitgehend nur vermutet werden kann, insbesondere keinen unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzen darstellt;

Vgl. BVerwG, GewArch 1992, 28 (29); GewArch 1995, 425 (426).

sie zeigen damit eine großzügige Beurteilung des durch Beiträge auszugleichenden Vorteils. Bemerkenswert ist im übrigen weiter, dass die Literatur, wo sie diese Rechtsprechung kritisiert, sich zwar gegen die Qualifikation als Beitrag wendet, die Abgabe aber doch nicht in ihrer Zulässigkeit bestreiten, sondern als Verbandslast im Sinne einer eigenständigen Abgabekategorie anerkennen will.

Vgl. nur Tettinger, Der Kammerbeitrag als Verbandslast, in: Drenseck/Seer (Hrsg.), Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag, 2001, S. 79 (89 ff.).

bb. Einordnung der Abgabe gemäß § 7 des Entwurfs

Dass die Abgabe gemäß § 7 des Entwurfs bedingt ist durch die Erbringung bestimmter

(Gegen-)Leistungen in Gestalt der im Maßnahmen- und Finanzierungsplan konkretisierten Maßnahmen des Innovationsbereichs, ist bereits in der Abgrenzung zum Steuerbegriff dargelegt worden.

Siehe oben 2. Teil, B. I. 2. a. aa. (3).

Hinsichtlich der näheren Qualifikation als Beitrag oder aber als – gegenleistungsabhängige – Sonderabgabe bzw. sonstige nichtsteuerliche Abgabe sprechen wohl die besseren Gründe dafür, die Abgabe gemäß § 7 des Entwurfs als Beitrag einzustufen. 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,

Vgl. oben 2. Teil, B. II. 1. a.

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. Der weiteren Frage, ob es sich um die Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe oder aber einer hiervon zu unterscheidenden gruppenspezifischen

Aufgabe handelt, wird man angesichts der Beurteilung der Leistungen von öffentlich-rechtlichen Zwangsverbänden, für die der spezifische Gruppenbezug gerade betont wird, keine ausschlaggebende Bedeutung beimessen können. Wenn schließlich als entscheidende Besonderheit der Kammerbeiträge im Verhältnis zu den Sonderabgaben herausgestellt wird, dass die Entscheidung über die Abgabenbelastung und die Verwendung des Abgabenaufkommens bei den öffentlich-rechtlichen Zwangsverbänden in die mitgliedschaftliche Autonomie gelegt sei,

Tettinger, Der Kammerbeitrag als Verbandslast, in: Drenseck/Seer (Hrsg.), Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag, 2001, S. 79 (93).

so lässt sich dies mit Rücksicht auf die im Gesetzentwurf vorgesehenen Partizipationsrechte der Betroffenen im Innovationsbereich durchaus übertragen.

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. Die weitgehende Parallele zu den öffentlich-rechtlichen Zwangsverbänden lässt es jedoch als nächstliegend erscheinen, den Abgabentyp des Beitrags anzunehmen.

b. Finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit der Abgabe

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bedürfen nichtsteuerliche Abgaben – über die Einnahmenerzielung hinaus oder an deren Stelle – einer besonderen sachlichen Rechtfertigung.

BVerfGE 93, 319 (342 f.).

aa. Zulässigkeit als Beitrag

Ein Beitrag, als der nach den vorangegangenen Überlegungen die Abgabe gemäß § 7 des Gesetzes mit guten Gründen qualifiziert werden kann, setzt finanzverfassungsrechtlich voraus, dass er sich rechtfertigt aus dem Vorhandensein einer Gegenleistung bzw. aus dem Ausgleich von Vorteilen und Lasten.

BVerfGE 9, 291 (297). Vgl. zuletzt BVerfGE 108, 186 (216).

(1) Kostendeckungsprinzip

Soweit dabei verfassungsrechtlich abgestellt wird auf das Kostendeckungsprinzip, wonach Vorzugslasten nur die durch die Verwaltungsleistung begründeten Verwaltungs- und Unterhaltungskosten decken dürfen,

BVerfGE 50, 217 (226).

bestehen im Ausgangspunkt keine Bedenken, da die Höhe der Abgabe gesetzlich ausdrücklich auf den Zweck der Deckung des durch den Innovationsbereich entstehenden Aufwands begrenzt wird (§ 7 Abs. 1 S. 1 des Entwurfs); dieser ist aber im Maßnahmen- und Finanzierungskonzept bereits bei Antragstellung konkretisiert und hierdurch grundsätzlich auch in der Durchführung vorgegeben. Fraglich könnte insofern allenfalls sein, ob auch die Beitragsfinanzierung eines – angemessenen - Gewinns des Aufgabenträgers mit dem Kostendeckungsprinzip vereinbar ist. Dagegen stehen könnte die These von der prinzipiellen Unzulässigkeit der Gewinnerzielungsabsicht bei Beitragserhebung.

Henneke, Öffentliches Finanzwesen. Finanzverfassung, 2. Aufl. 2000, Rn. 422, 403.

Diese zielt freilich auf Gewinne der beitrags erhebenden öffentlichen Körperschaft. Hier aber geht es um einen angemessenen Gewinn des in spezifischer Weise in die Aufgabenwahrnehmung eingeschalteten Privaten. Dass es aber einem in die Wahrnehmung einer beitragsfinanzierten Aufgabe eingeschalteten Privaten nicht verwehrt ist, aus seiner verwaltungshelfenden, privaten Tätigkeit beitragsunschädlich einen Gewinn zu ziehen, ist etwa mit Blick auf die bekannten Betreibermodelle im Ausgangspunkt unbestritten.

Vgl. Peine, Grenzen der Privatisierung – verwaltungsrechtliche Aspekte, DÖV 1997, 353 (358 ff.), zugleich auch zu gewissen Begrenzungen verfahrensmäßiger und materieller Art mit Rücksicht etwa auf den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit oder die mögliche Umgehung gebührenrechtlicher Grundsätze.

(2) Äquivalenzprinzip

Gravierendere Bedenken weckt hier das Äquivalenzprinzip, welches in Bezug auf den Beitrag als besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Anwendung findet

BVerwGE 109, 79 (111); Tettinger, Der Kammerbeitrag als Verbandslast, in: Drenseck/Seer (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag, 2001, S. 79 (87).

und auf die Relation zwischen der Höhe der Abgabe und dem Wert der Leistung für den einzelnen abstellt.

Vgl. etwa BVerfGE 42, 223 (228); 83, 363 (392).

Insoweit ist allerdings – wie das Bundesverfassungsgericht jüngst mit Blick auf das parallele Problem der Gebührenbemessung wieder betont hat – der gesetzgeberische Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum zu beachten. Danach ist bei der Erhebung und Bemessung von Vorzugslasten in erster Linie der Gesetzgeber berechtigt, die Vielzahl der Einzelfälle in einem Gesamtbild zu erfassen, was das Recht einschließt, generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen zu treffen, die verlässlich und effizient vollzogen werden können. Die verfassungsrechtliche Kontrolle der von ihm getroffenen Regelung darf – so das Gericht – „nicht überspannt“ werden; mit Rücksicht auf den gesetzgeberischen Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum soll daher die gerichtliche Kontrolldichte am Maßstab finanzverfassungsrechtlicher Rechtfertigungsanforderungen eingeschränkt, namentlich auf die Überprüfung eines groben Missverhältnisses zwischen Abgabebemessung und legitimem Abgabenzweck bzw. – mit Blick auf das Äquivalenzprinzip – zwischen Abgabenhöhe und Wert der Leistung beschränkt sein.

BVerfGE 108, 1 (18 f.). Vgl. weiter BVerfGE 83, 363 (392), sowie BVerwGE 109, 97 (111 f.); 109, 272 (274).

Ein erstes, zentrales Problem wirft das Gesetz zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren insoweit hinsichtlich der Bestimmung der Beitragspflichtigen auf, weil es die Eigentümer (und ggf. Erbbauberechtigten) der Grundstücke heranzieht, obgleich es hier – anders bei der Sanierung gemäß §§ 136 ff. BauGB – nicht um den Ausgleich von bodenwertsteigernden Maßnahmen geht;

Zur Rechtfertigung der Abgabe gemäß § 154 BauGB aus der unmittelbar dem Grundstückseigentümer zukommenden Bodenwertsteigerung vgl. Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 154 Rn. 7.

vielmehr geht das Gesetz selbst davon aus, dass die beitragspflichtigen Vorteile der Leistung im Innovationsbereich unmittelbar den Einzelhandels- und Dienstleistungsgewerbetreibenden im Gebiet zufallen (vgl. § 1 S. 2 sowie § 2 Abs. 1 des Entwurfs). Das drängt die Frage auf, ob diese Vorteile auch die Heranziehung der Grundstückseigentümer vor dem Äquivalenzprinzip rechtfertigen können. In einer prinzipiell ähnlich gelagerten Konstellation - neben dem Reeder wurde auch der Schiffseigner zu den durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch seines Schiffs entstandenen Hafengebühren herangezogen – hat das Bundesverfassungsgericht dem Gebührengesetzgeber einen weiten Gestaltungsraum bei der Entscheidung zugesprochen, welche individuell zurechenbaren öffentlichen Leistungen er einer Gebührenpflicht

unterwerfen und welche Gebührenmaßstäbe und –sätze er dafür aufstellen will. Als Zurechnungsgrund komme allerdings nicht jeder sachlich vertretbare Gesichtspunkt in Betracht; vielmehr müsse die gebührenpflichtige Leistung an eine besondere – aus der Sache selbst ableitbare – besondere Verantwortlichkeit der in Anspruch genommenen Personen anknüpfen. Der Gesetzgeber könne hierbei an wirtschaftliche und finanzielle Kriterien anknüpfen, soweit der Gebührenpflichtige der Leistung näher steht als die Allgemeinheit. Die individuelle Zurechenbarkeit lasse sich aus der rechtlichen oder tatsächlichen Möglichkeit herleiten, aus der Sache Nutzen zu ziehen.

BVerfGE 91, 207 (223 f.).

Auf die hier vorliegende Beitragsregelung übertragen führt das zu der Frage, ob es für die Inanspruchnahme der Grundstückseigentümer bzw. die zugrunde liegende individuelle Zurechnung der beitragspflichtigen Leistung des Innovationsbereichs – bei einer zulässigen und gebotenen generalisierenden und typisierenden Betrachtungsweise –

BVerwGE 109, 79 (112).

einen besonderen, aus der Sache ableitbaren Anknüpfungspunkt gibt, kraft dessen diese der Leistung näher stehen als die Allgemeinheit. Einen solchen Anknüpfungspunkt kann hier die über das Eigentum an den Grundstücken vermittelte, gegenüber der Allgemeinheit bevorzugte Möglichkeit darstellen, aus den wirtschaftsfördernden Leistungen Nutzen zu ziehen. Solchen Nutzen kann der Eigentümer ziehen, wenn er entweder sein Eigentum selbst für Einzelhandels- oder Dienstleistungszwecke nutzt oder aber mittelbar als Vermieter oder Verpächter an dem Nutzen partizipieren kann. Die Inanspruchnahme der Grundstückseigentümer wird danach im Rahmen der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers liegen, wenn nach der Ausgestaltung der beitragspflichtigen Leistung den Eigentümern solcher Nutzen zukommt. Das setzt voraus, dass die in den Innovationsbereich einbezogenen Grundstücke typischerweise die Möglichkeit einer solchen Nutzenziehung bieten. Mit Rücksicht auf die besondere, auf gesellschaftliche Eigeninitiative setzende Struktur des Innovationsbereichs stellt das Gesetz das nicht durch detaillierte materielle rechtliche Vorgaben etwa bezüglich des Zuschnitts der Innovationsbereiche oder der darin zu erbringenden Leistungen sicher; vielmehr enthält es insoweit verschiedene, insbesondere prozedurale Vorkehrungen zur Sicherung dieses Effekts. Dies geschieht zunächst durch die im Entwurf vorgesehenen Zustimmungs- und Widerspruchsquoren, die dazu beitragen, dass eine größere Zahl von Grundstückseigentümern in einem Gebiet, die keine Möglichkeit eines solchen Nutzens sehen, das Zustandekommen eines Innovationsbereichs verhindern können. Das kann

seinen Grund darin haben, dass die Grundstücke für eine Nutzung zu Einzelhandels- oder Dienstleistungszwecken nicht geeignet sind, oder darin, dass die auf der Grundlage von Miet- oder Pachtverträgen darin tätigen Gewerbetreibenden nicht bereit sind, die Eigentümer zumindest von den Lasten für die ihnen günstigen Maßnahmen des Innovationsbereichs zu befreien; insofern mag das eigene Interesse der Gewerbetreibenden am Zustandekommen eines Innovationsbereichs im übrigen dazu beitragen, dass den Eigentümern eine interne Entlastung zugestanden wird.

Vgl. BVerfGE 108, 186 (222, 238), zur Bedeutung der Überwälzbarkeit der Abgabenlast auf Dritte für die Frage der Zumutbarkeit für den Abgabenschuldner.

Hinzu kommt, dass die Errichtung des Innovationsbereichs auch mit Blick auf die Abgabenbelastung hoheitlicher Kontrolle unterliegt; insbesondere kann gemäß § 4 Abs. 4 S. 2 des Entwurfs die Anhörungsbehörde einen Antrag wegen unverhältnismäßiger Abgabenbelastung ablehnen. Durch diese Regelungen erscheint auf besondere und neuartige Weise, im Ergebnis aber zureichend sichergestellt, dass Innovationsbereiche nur zustande kommen, wenn sie - bei generalisierender, typisierender und pauschalierender Betrachtung – grundsätzlich solche Grundstücke erfassen, die ihren Eigentümern eine gegenüber der Allgemeinheit bevorzugte Möglichkeit bieten, Nutzen aus den Leistungen des Innovationsbereichs zu ziehen. Im Hinblick auf einzelne, atypische Grundstücke innerhalb eines Innovationsbereichs, die wegen mangelnder Bebaubarkeit oder ihrer tatsächlichen baulichen Nutzung ihren Eigentümern keinen äquivalenten Nutzen aus den Leistungen des Innovationsbereichs gewähren, ist abschließend auf die Abgabenbefreiung wegen unzumutbarer Härte gemäß § 7 Abs. 6 des Entwurfs hinzuweisen. Danach ist eine Freistellung von der Abgabenpflicht zugelassen und nach Maßgabe des eingeräumten Ermessens u.U. auch geboten, wenn bei einer insoweit nicht mehr an die Grundsteuerpflichtigkeit angelehnten, sondern eigenständigen Beurteilung im Hinblick auf die Leistungen des jeweiligen Innovationsbereichs ein atypischer Fall gegeben ist. Dies wird insbesondere dann in Betracht kommen, wenn die mögliche bzw. gegebene bauliche Nutzung eines Grundstücks so beschaffen ist, dass es weder selbst für eine Einzelhandels- oder Dienstleistungsnutzung in Betracht kommt noch durch die Förderung benachbarter Einzelhandels- oder Dienstleistungsnutzung einen irgendwie gearteten wirtschaftlichen Vorteil erfährt. Angesichts dieses Regelungskonzepts erscheint insgesamt der Zugriff auf die Grundstückseigentümer als Beitragsschuldner nicht zu beanstanden.

Als zweites Problem des Äquivalenzprinzips ist die Bemessung des Beitrags der Grundstückseigentümer, die sich prozentual an der Höhe der Grundsteuer orientiert (vgl. § 7

Abs. 1 S. 2 des Entwurfs), kurz zu erörtern. Zweifel könnten darin begründet sein, dass der danach für die Abgabenhöhe maßgebliche Einheitswert nicht hinreichend korreliert mit dem möglichen Vorteil, der einem Grundstück aus den Maßnahmen des Innovationsbereichs zukommen kann, so dass es dieser Anknüpfung an einer sachlichen Rechtfertigung mangelt. Insoweit bleibt jedoch zu beachten, dass das Gesetz zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren durch die genannten verschiedenen Vorgaben (Festsetzung eines geschlossenen Gebiets, Zustimmungs- und Widerspruchsquoren etc.) Sorge dafür trägt, dass in sich – bei generalisierender Betrachtung – nach Bebauung und Nutzung recht homogene Gemeindegebiete in einem Innovationsbereich zusammengefasst werden. Das dürfte auch zureichend Vorsorge dafür treffen, dass die Grundsteuerlast bzw. der Einheitswert einen hinreichenden sachlichen Anknüpfungspunkt für die Abgabebemessung darstellen. Angesichts der Befugnis des Gesetzgebers, „generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen (zu) treffen, die verlässlich und effizient vollzogen werden können“,

BVerfGE 108, 1 (19).

wird auch insoweit ein grobes Mißverhältnis zwischen Wert der Leistung und Abgabenhöhe nicht festzustellen sein.

bb. Zulässigkeit als Sonderabgabe

Da die Abgabe jedenfalls nicht in jeder Hinsicht dem Idealtypus des herkömmlichen Beitrags entspricht, seien vorsorglich einige Bemerkungen angefügt zu ihrer Beurteilung für den Fall, dass sie doch als eine sonstige nichtsteuerliche Abgabe bzw. als Sonderabgabe qualifiziert wird.

Wie bereits erwähnt, ist das Bundesverfassungsgericht zuletzt großzügig in der Annahme einer Gegenleistungsabhängigkeit von Abgaben gewesen, um auf diese Weise Abgaben nicht als Sonderabgaben zu qualifizieren, sondern als sonstige nichtsteuerliche Abgaben zu billigen.

Vgl. Schiller, Sonderabgaben mit einer wirtschaftslenkenden Antriebs- und Sanktionsfunktion in der Wirtschafts- und Finanzverfassung des Grundgesetzes, 2000, S. 56 Fn. 281, m.w.N.

Auf solche nichtsteuerlichen Abgaben will es die mit Rücksicht auf die Konkurrenz zur Steuer entwickelten Voraussetzungen für (echte) Sonderabgaben von vornherein nicht anwenden; vielmehr sieht es sie gerade und schon durch die ihnen zukommende Ausgleichsfunktion gerechtfertigt.

Vgl. nur BVerfGE 93, 319 (346 f.).

Insofern führen die Anforderungen nicht über das hinaus, was zum Äquivalenzprinzip dargelegt worden ist.

Aber auch wenn man die für (echte) Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion entwickelten Maßstäbe anlegt, ergibt sich kaum eine Verschärfung. Die Auferlegung einer solchen Sonderabgabe soll sich aus einer spezifischen Sachnähe der Abgabepflichtigen zu einer zu finanzierenden Sachaufgabe rechtfertigen müssen; dies müsse sowohl in der Notwendigkeit einer besonderen Finanzierungsverantwortung der Abgabepflichtigen als einer homogenen Gruppe für die Aufgabe als auch in einer gruppennützigen Verwendung der Abgabe zum Ausdruck kommen.

BVerfGE 82, 159 (179 ff.); 93, 319 (344); 108, 186 (218).

Es ist überzeugend dargetan worden, dass die geforderte besondere Sachverantwortung einer homogenen Gruppe im Kern eine dem Gleichheitssatz entspringende Anforderung ist.

Schiller, Sonderabgaben mit einer wirtschaftslenkenden Antriebs- und Sanktionsfunktion in der Wirtschafts- und Finanzverfassung des Grundgesetzes, 2000, S. 119 ff.

Da sich aber derartige Gleichheitsanforderungen auch bei sonstiger Abgabenerhebung stellen, sei es im Rahmen des Äquivalenzprinzips, sei es gestützt auf Art. 3 Abs. 1 GG, kommen die dort einschlägigen Erwägungen auch mit Blick auf die bei Sonderabgaben geforderte Homogenität der für eine Sachaufgabe verantwortlichen Gruppe wieder zum Tragen. Die zum Äquivalenzprinzip angestellten Überlegungen zur Gruppe der Grundstückseigentümer vermögen in der Sache auch die Annahme, dass bei dieser Gruppe die in der Sozialwirklichkeit bestehende gemeinsame Interessenlage

Vgl. BVerfGE 55, 274 (310).

gegeben ist, zu tragen. Ohne insoweit eine abschließende Untersuchung vorzunehmen, darf die Vermutung geäußert werden, dass auch hier wesentlich über die dortigen Erwägungen hinausgehende Anforderungen sich nicht ergeben werden.

cc. „Ausgleichsfunktion“ als entscheidender Gesichtspunkt

Unabhängig von der nicht ganz zweifelsfreien Einordnung der Abgabe und der entsprechenden Heranziehung von Rechtfertigungsmaßstäben erweist sich der Gesichtspunkt als entscheidend, dass die Abgabe dem Ausgleich eines Sondervorteils dient, der der Gruppe

der Grundstückseigentümer als Abgabepflichtigen zukommt. Das Bundesverfassungsgericht rechtfertigt ausdrücklich die herkömmlichen Vorzugslasten mit dieser Ausgleichsfunktion,

BVerfGE 93, 319 (343 f.); 108, 1 (17); 108, 186 (216).

und es sieht auch sonstige, sich den tradierten Begriffen von Gebühr und Beitrag nicht einfügende nichtsteuerliche Abgaben gegenüber dem Prinzip des Steuerstaats durch eine solche Gegenleistungsabhängigkeit sachlich legitimiert.

BVerfGE 93, 119 (345 ff.). Vgl. auch BVerfGE 108, 186 (217) zur möglichen Rechtfertigung sonstiger nichtsteuerlicher Abgaben durch spezielle Sach- und Zweckzusammenhänge.

Die Abgabe gemäß § 7 des Entwurfs verfolgt einen solchen Ausgleichszweck. Problematisch wird sie allein dadurch, dass sie einen Ausgleich von Grundstückseigentümern (und ggf. Erbbauberechtigten) für einen Sondervorteil erhebt, der nach den Grundsatz- und Zielbestimmungen des Gesetzentwurfs selbst auf die Gruppe der Einzelhandels- und Dienstleistungsgewerbetreibenden im Innovationsbereich abzielt. Im Rahmen seines besonderen, auf private Initiative in der Verfolgung eines öffentlichen Zwecks setzenden Konzepts enthält der Entwurf jedoch hinreichende inhaltliche und verfahrensmäßige Vorkehrungen, um sicherzustellen, dass die Inanspruchnahme der Grundstückseigentümer durch den ihnen potentiell zukommenden Vorteil gerechtfertigt ist. Ihre Abgabenbelastung durch § 7 des Entwurfs erscheint danach im Ergebnis finanzverfassungsrechtlich zulässig.

3. Grundrechtsfragen

Die Frage nach der Vereinbarkeit des Entwurfs mit Grundrechten stellt sich in erster Linie im Hinblick auf die Erhebung und Verwertung personenbezogener Daten der abgabepflichtigen Grundstückseigentümer (a.). Die Eingriffs- und Kontrollbefugnisse der Freien und Hansestadt Hamburg gegenüber dem Aufgabenträger werfen die Frage nach dessen Grundrechtsträgerschaft und – sollte diese zu bejahen sein – nach der Grundrechtskonformität der Befugnisse auf (b.). Schließlich sind die Bestimmung der Abgabepflichtigkeit und die Bemessungskriterien im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz prüfungsbedürftig (c.).

a. Verfassungsrechtlicher Datenschutz (Grundrecht auf informationelle

Selbstbestimmung)

Was zunächst den staatlichen Zugriff auf personenbezogene Daten der Grundstückseigentümer im Innovationsbereich angeht, so ist das von Wissenschaft und Rechtsprechung kreierte Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung

BVerfGE 65, 1 (41 ff.); Lit. und Rspr. zusammenfassend Duttge, *Recht auf Datenschutz? Ein Beitrag zur Interpretation der grundrechtlichen Schutzbereiche*, *Der Staat* 36 (1997), 281 ff.; Holznagel, *Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung*, in: Pieroth (Hrsg.), *Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung*, 2000, S. 29.

einschlägig. Bei den Informationen, die im Verfahren der Errichtung eines Innovationsbereichs von Bedeutung sind, handelt es sich im Einzelnen um

- die Information, dass eine namentlich benannte Person Eigentümer oder Erbbauberechtigter eines im Innovationsbereich belegenen Grundstücks ist (§ 3 Abs. 4),
- die Information über die Anschrift dieser Person (§ 3 Abs. 4),
- die Information über den Einheitswert eines im Innovationsbereich belegenen Grundstücks (§ 4 Abs. 1 und 4) und
- die Information darüber, ob und in welcher Höhe für ein Grundstück im Innovationsbereich Grundsteuer anfällt (§ 7 Abs. 1 und 2).

Bei diesen Informationen handelt es sich um personenbezogene Daten, die in den sehr weit gezogenen Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung fallen.

Dazu, dass es „kein belangloses Datum“ mehr gibt, siehe nur BVerfGE 65, 1 (45). Die Bestimmung des Schutzbereichs orientiert sich deshalb an der weiten einfachgesetzlichen Definition personenbezogener Daten in § 3 Abs. 1 BDSG; siehe dazu nur Dreier, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 2 I Rn. 80.

Der verfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftige Eingriff in den Schutzbereich liegt hier zum einen darin, dass die genannten Informationen teilweise an einen privaten Dritten weitergegeben werden.

Zur Eingriffsqualität einer Weitergabe an Dritte siehe nur BVerfGE 65, 1 (46).

Dies betrifft die Informationen, auf die sich der Auskunftsanspruch des § 3 Abs. 4 des Entwurfs bezieht. Zum anderen liegt ein Eingriff darin, dass die ursprünglich zum Zweck der

Grundsteuererhebung erhobenen Daten durch die Finanzbehörden nun zu einem anderen Zweck, nämlich der Berechnung und Erhebung der Abgabe nach § 7, verwendet werden.

Zur Eingriffsqualität einer Änderung des Verwendungszwecks bereits erhobener Informationen vgl. nur BVerfGE 65, 1 (46).

Von den sich daraus ergebenden Rechtfertigungsanforderungen, die im vorliegenden Zusammenhang von Interesse sind, verdienen Hervorhebung: das Erfordernis eines legitimen Zweckes (öffentliches Interesse), die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, die bereichsspezifische gesetzliche Zweckbestimmung der Erhebung und Verwendung von Daten sowie der Schutz erhobener bzw. weitergegebener Daten vor anderweitiger Verwertung.

Zusammenfassend Starck, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 2 Rn. 108.

Diesen Rechtfertigungsanforderungen wird der Entwurf im wesentlichen gerecht. Das legitimierende öffentliche Interesse liegt in der staatlichen Förderung und Begleitung der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (Quartiersverbesserung) durch den privaten Aufgabenträger. Mit der Anknüpfung an die Grundsteuerpflicht und mit der Verwendung der bei den Finanzbehörden bereits vorhandenen Daten hat der Entwurf ein geeignetes und zugleich ein Mittel gewählt, zu dem schonendere Alternativen nicht ersichtlich sind. Der Verwendungszweck ergibt sich aus dem Entwurf eindeutig. Seine Sicherung ist, soweit es um die Verwendung der Daten durch die Finanzbehörden geht, durch die allgemeinen abgabenrechtlichen Regelungen

Dazu bereits oben 2. Teil, B. I. 3. b. bb.

gewährleistet. Soweit es allerdings um die an den Aufgabenträger weiterzugebenden Daten (Anschriften der Grundstückseigentümer im Innovationsbereich) geht, so fehlt es in dem Entwurf an einer ausdrücklichen Zweckbindung dieser Informationen und an einer entsprechenden ausdrücklichen Verpflichtung derjenigen, denen das Auskunftsrecht des § 3 Abs. 4 zusteht. Auch sind keine besonderen Sicherungs- und Kontrollinstrumente ersichtlich. Insoweit würde sich ein Verweis auf die entsprechende Anwendung datenschutzrechtlicher Regelungen anbieten.

b. Grundrechtsschutz des Aufgabenträgers?

Was einen möglichen Verstoß des Entwurfs gegen Grundrechte des Aufgabenträgers angeht,

so kommt hier als Anknüpfungspunkt für diese Prüfung zunächst der Umstand in Betracht, dass der Aufgabenträger im Vorfeld seines Antrags nach § 4 des Entwurfs u.U. erheblichen Aufwand betrieben hat. Sollte sein Antrag dennoch nach „freiem Ermessen“ abgelehnt werden können, obwohl keiner der gesetzlich ausgeformten Ablehnungsgründe vorliegt, so könnte dies als Verstoß gegen seine Berufsfreiheit zu qualifizieren sein, soweit man die mit der Funktion des Aufgabenträgers verbundenen Tätigkeiten der Berufsfreiheit zuordnen kann. Anderenfalls wäre die nach dem Gesamtkonzept des Entwurfs als „private“ Betätigung einzuordnende Tätigkeit des Aufgabenträgers jedenfalls durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.

Dieser Frage muss aber hier nicht näher nachgegangen werden, weil nicht ersichtlich ist, dass nach dem Entwurf ein solches „freies“ Ermessen der Freien und Hansestadt Hamburg bei der Entscheidung über den Antrag besteht. Dabei kann die Frage, ob angesichts der – grundrechtlich nicht zu beanstandenden – Generalklauseln (insbesondere der Ablehnungsgrund fehlender Eignung des Maßnahmen- und Finanzierungskonzeptes „zur Verwirklichung der Grundsätze nach § 1 und der Ziele nach § 2“ in § 4 Abs. 4) überhaupt ein darüber hinausgehendes Ermessen existiert, unbeantwortet bleiben. Denn jedenfalls bleiben die zuständigen Organe der Freien und Hansestadt Hamburg bei ihren Entscheidungen nach § 4 Abs. 4 und nach § 5 an die Grundrechte gebunden, die insoweit ihre Wirkung als ermessensleitende Prinzipien entfalten.

S. dazu nur Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 1 III Rn. 60.

Auch der zweite Ansatzpunkt für die Prüfung einer möglichen Verletzung von Grundrechten des Aufgabenträgers, nämlich die in § 6 Abs. 3 vorgesehene Möglichkeit seiner Abberufung und der Kündigung des öffentlich-rechtlichen Vertrages, gibt keinen Anlass zu vertieften Erörterungen. Denn diese Sanktionsmöglichkeiten haben als Voraussetzung, dass der Aufgabenträger seinen Verpflichtungen aus Gesetz, Rechtsverordnung oder Vertrag nicht nachkommt. Dass seine Verpflichtung zu „ordnungsgemäßer Geschäftsführung“ konkretisierungsbedürftig ist, wird durch die vorherige Beanstandung durch die Handelskammer kompensiert.

c. Grundrechtsschutz der Abgabepflichtigen (Gleichheitssatz)

Das Gesetz zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren beschränkt sich in seiner belastenden Wirkung für die Betroffenen auf die Abgabepflicht gemäß § 7 des

Entwurfs. Insoweit bleibt insbesondere noch die Beachtung des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) unter dem Aspekt der gleichheitsgemäßen Belastung zu überprüfen.

Insofern könnten Ungleichbehandlungen in einer Vielzahl unterschiedlicher Hinsichten untersucht werden. Zum einen kommt eine „externe“ Anwendung des Gleichheitssatzes mit Blick auf das Verhältnis von Normadressaten und Nichtadressaten, konkret mit Blick auf in Innovationsbereiche einbezogene und nicht einbezogene Grundstückseigentümer in Betracht. Zum anderen kann der Gleichheitssatz „gruppenintern“,

Zu dieser doppelten Schutzrichtung des Gleichheitssatzes vgl. Schiller, Sonderabgaben mit einer wirtschaftslenkenden Antriebs- und Sanktionsfunktion in der Wirtschafts- und Finanzverfassung des Grundgesetzes, 2000, S. 119.

also mit Blick auf Betroffene innerhalb des Anwendungsbereichs des Gesetzes, d.h. von Innovationsbereichen in Anschlag gebracht werden. Insofern kommen verschiedene Vergleichspaare in Betracht: Einzelhandels- und Dienstleistungsgewerbetreibende auf eigenem Grundstück und in gemieteten/gepachteten fremden Immobilien; Eigentümer, die ihr Grundstück selbst gewerblich nutzen, und solche, die es zu Gewerbezwecken vermietet/verpachtet haben; Eigentümer mit gewerblich genutzten und mit zu Wohnzwecken genutzten Grundstücken usw. Außerdem kann der Gleichheitssatz insoweit sowohl im Hinblick auf die Einbeziehung einzelner Abgabepflichtiger wie auch mit Blick auf die nähere Ausgestaltung der Abgabe, insbesondere die Abgabenhöhe zur Anwendung gebracht werden; in letzterer Hinsicht könnte mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG namentlich die Frage aufgeworfen werden, ob die in § 7 Abs. 1 S. 2 des Entwurfs vorgenommene Anknüpfung des Beitragsmaßstabs an die Grundsteuer eine gleichheitsgemäße Belastung begründet.

Eine ins Einzelne gehende Untersuchung dieser verschiedenen Ungleich- bzw. Gleichbehandlungen auf ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung hin erscheint jedoch entbehrlich. Das hat seinen Grund darin, dass Gleichheitsanforderungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits weitgehend in den finanzverfassungsrechtlichen Anforderungen an die Abgabenerhebung aufgehoben sind. Insbesondere die bereits mit Blick auf die Beachtung des Äquivalenzprinzip angestellten Erwägungen begründen deshalb zugleich auch die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von abgabenrechtlichen Ungleichbehandlungen mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG. Dort ist dargelegt worden, dass es sachlich gerechtfertigt ist, gerade die Grundstückseigentümer im Innovationsbereich als Abgabepflichtige in Anlehnung an ihre Grundsteuerbelastung heranzuziehen.

Vgl. oben 2. Teil, B. II. 2. b. aa.

In den dort dargelegten Erwägungen findet sich zugleich auch der die verschiedenen, in Betracht zu ziehenden Ungleichbehandlungen sachlich rechtfertigende Grund. Eine über diese finanzverfassungsrechtlichen Anforderungen hinausgehende Bedeutung des Gleichheitssatzes beschränkt sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im hauptsächlich auf die Überprüfung der Sachgerechtigkeit der Einbeziehung von Abgabepflichtigen im Einzelfall.

Osterloh, in: Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 3 Rn. 175.

Für die sachgerechte Bewältigung von Einzelfällen aber bietet das Gesetz zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren in Gestalt der Härtefallregelung des § 7 Abs. 6 des Entwurfs ein taugliches Instrument. Die Beachtung des Gleichheitssatzes wird damit zu einem Problem nicht der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes, sondern seiner Anwendung, namentlich der Anwendung des § 7 Abs. 6 des Entwurfs.

III. Vereinbarkeit mit den Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts

Im Folgenden ist die Vereinbarkeit des Entwurfes mit den Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts, insbesondere mit dem Beihilferegime der Art. 87 ff. EG zu untersuchen (1.). Wegen der engen gemeinschaftsrechtlichen Bezüge erfolgt in diesem Zusammenhang auch die Prüfung, ob der Entwurf mit dem (Bundes-)Recht der öffentlichen Auftragsvergabe in Einklang steht (nachfolgend unter 2.).

1. Beihilfenrecht

Art. 87 Abs. 1 EG stellt den Grundsatz der Unvereinbarkeit von staatlichen Beihilfen mit dem gemeinsamen Markt auf.

Mederer, in: Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2003, Art. 87 Rn. 1; Cremer, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 87 Rn. 1.

Nicht mit dem gemeinsamen Markt vereinbare Beihilfen sind nach Art. 87 Abs. 1 EG solche staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährte Zuwendungen, die durch Begünstigung bestimmter Unternehmen den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Staatliche Zuwendungen, die diese Tatbestandsmerkmale des Beihilfenbegriffes des Art. 87 Abs. 1 EG kumulativ erfüllen, müssen grundsätzlich der Europäischen Kommission nach

Art. 88 Abs. 3 S. 1 EG notifiziert und dürfen bis zu einer abschließenden Vereinbarkeitsentscheidung der Kommission nicht bewirkt werden. Insofern kann von einem grundsätzlichen Beihilfenverbot mit Erlaubnisvorbehalt gesprochen werden.

Mederer, in: Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2003, Art. 87 Rn. 2.

Ergibt die innerhalb von zwei Monaten abzuschließende Vorprüfung der Kommission, dass die Merkmale des Art. 87 Abs. 1 EG erfüllt sind, es sich bei der notifizierten Zuwendung also um eine Beihilfe handelt, leitet die Kommission ein förmliches Prüfverfahren ein, welches innerhalb von 18 Monaten mit einer endgültigen Entscheidung abgeschlossen werden muss. In diesem Verfahren wird die Vereinbarkeit der Beihilfe mit den Vorschriften des EG-Vertrages, insbesondere das mögliche Eingreifen legitimierender Ausnahmetatbestände (z. B. Art. 87 Abs. 2 und 3 EG), abschließend beurteilt.

Mederer, in: Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2003, Art. 88 Rn. 36 f. und 10; Koenig/Kühling, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 88 EGV Rn. 15 ff.

Da die Kommissionspraxis dahin geht, diese Entscheidungsfrist voll auszuschöpfen, bedeutet bereits der Eintritt in eine förmliche Prüfung – unabhängig von deren Ergebnis – regelmäßig eine erhebliche Verzögerung für die Durchführung des Projektes.

Vgl. etwa Gas/Rücker, Die Finanzierung von Public Private Partnerships, DÖV 2004, 56 ff.; Koenig/Kühling, Infrastrukturförderung im Ausschreibungsverfahren – EG-beihilferechtlicher Königsweg der Kompensation von gemeinwirtschaftlichen Pflichten, DVBl. 2003, 289.

Lässt sich dagegen substantiiert begründen, dass der Zuwendung bereits eines oder mehrere Merkmale einer Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG fehlen, entfällt die Notifizierungspflicht.

a. Weiter Beihilfenbegriff des Art. 87 Abs. 1 EG und Prüfungsmonopol der Kommission

Nach allgemeiner Auffassung ist insgesamt von einem weiten Beihilfenbegriff auszugehen.

Mederer, in: Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2003, Art. 87 Rn. 2; Koenig/Kühling, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV Rn. 27.

Eine solche Auslegung entspricht dem Schutzzweck des Art. 87 EG, der verhindern soll, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten durch die staatlichen Unterstützungsleistungen beeinträchtigt und damit der Wettbewerb verfälscht wird.

Mederer, in: Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2003, Art. 87 Rn. 2.

Dieses grundsätzliche Verbot und die weite Auslegung des Beihilfenbegriffes werden jedoch durch mehrere Umstände relativiert. Zum einen steht die Unvereinbarkeitsaussage des Art. 87 Abs. 1 EG ausdrücklich unter dem Vorbehalt einer anderweitigen Regelung im EG-Vertrag. Zu diesen abweichenden Regelungen gehören insbesondere die Legalausnahmen des Art. 87 Abs. 2 EG sowie die zu seiner Konkretisierung ergangenen sekundärrechtlichen Verordnungen. Zum anderen verfügt die Kommission bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 3 EG über ein weites Ermessen, Beihilfen für mit dem Gemeinsamen Markt für vereinbar zu erklären. Der Unvereinbarkeitsaussage des Art. 87 Abs. 1 EG kommt insofern auch keine Direktwirkung zu, auf die sich ein Wettbewerber berufen könnte. Es besteht vielmehr ein Prüfungsmonopol der Kommission.

Mederer, in: Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2003, Art. 87 Rn. 2; Kilb, Subventionskontrolle durch europäisches Beihilferecht - Eine Übersicht, JuS 2003, 1072 (1073).

b. Bestimmung der Anknüpfungspunkte für die beihilfenrechtliche Würdigung

Bevor jedoch in die Prüfung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des Art. 87 Abs. 1 EG eingetreten werden kann, gilt es zunächst festzulegen, in welchem durch den Referentenentwurf bedingten Verhalten der Freien und Hansestadt Hamburg ein Anknüpfungspunkt für das gemeinschaftsrechtliche Beihilfeverbot liegen könnte. Hierzu kommen insbesondere folgende Umstände in Betracht:

(1) Der Aufwendungsersatz für den Aufgabenträger: Die Formulierung des Gesetzentwurfes spricht hinsichtlich der Höhe der zur erhebenden Abgabe in § 7 Abs. 1 S. 1 von der Deckung des entstehenden Aufwandes. Diese weite Formulierung läßt eine Auslegung zu, nach der nicht nur die eigentlichen Ausgaben für die im einzelnen zur Quartiersaufwertung durchzuführenden Projekte, sondern auch Kosten für den organisatorischen Aufwand des Aufgabenträgers selbst umfaßt werden. Hierfür spricht auch, dass anderenfalls, d. h. ohne eine entsprechende „Aufwandsentschädigung“, kaum ausreichende Anreize für die Übernahme der Rolle des Aufgabenträgers gegeben wären. Deshalb wird hier als erster Anknüpfungspunkt der beihilferechtlichen Untersuchung der Teil des Mittelzuflusses an den Aufgabenträger zugrundegelegt, der zur Aufwandsdeckung einbehalten werden darf.

(2) Ausgaben zur Attraktivitätssteigerung des Innovationsbereiches: Ein zweiter Anknüpfungspunkt ist die Begünstigung der Gewerbetreibenden des Innovationsbereichs

durch die Attraktivitätssteigerung des Quartiers, ermöglicht durch Ausgaben, die aus dem Aufkommen der festgesetzten Abgabe resultieren.

Hinsichtlich der Höhe der potentiellen Beihilfen ist jedenfalls davon auszugehen, dass auf einen Zeitraum von 3 Jahren die Summe von 100.000 Euro überschritten werden kann und sie sich somit grundsätzlich im beihilfenkontrollrelevanten Bereich befinden. Nach der sog. De-minimis-Verordnung

Verordnung (EG) Nr. 69/2001 der Kommission vom 12. Januar 2001, ABl. Nr. L 010 v. 13. Januar 2001, S. 30-32.

sind nämlich nur solche staatlichen Zuwendungen beihilferechtlich relevant, die diese Wertschwelle überschreiten.

c. Begünstigung bestimmter Unternehmen

Das Vorliegen einer Beihilfe setzt zunächst voraus, dass bestimmten Unternehmen ein wirtschaftlicher Vorteil entsteht. Hierfür genügt jeder geldwerte Vorteil, der ohne angemessene, d. h. marktübliche Gegenleistung (Kompensation) erlangt wird.

Koenig/Kühling, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV Rn. 27; Cremer, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 87 Rn. 7.

aa. Begünstigung des Aufgabenträgers

Davon ausgehend, dass die Formulierung des Gesetzentwurfes in § 7 Abs. 1 S. 1 hinsichtlich der Höhe der zur erhebenden Abgabe auch Mittel für den Aufwand des Aufgabenträgers umfaßt, ist zu überprüfen, ob hierin eine Begünstigung im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG oder lediglich eine Kompensation für die von ihm erbrachten Quartieraufwertungs-Leistungen liegt. 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 des Art. 87 Abs. 1 EG.

Vgl. EuG, Urt. v. 28. Januar 1999, Rs. T-14/96 (BAI/Kommission), Rz. 72 ff.; Urt. v. 30. April 1998, Rs. T-16/96 (Cityflyer/Kommission), Rz. 51 ff., 88; Koenig/Kühling, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV Rn. 27 ff.; Cremer, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 87 Rn. 7.

Die Marktgerechtigkeit der Aufwandsentschädigung kann nur am konkreten Einzelfall zutreffend beurteilt werden. Anhaltspunkte dafür, dass dem Aufgabenträger über eine angemessene Kompensation seines Aufwandes hinaus ein finanzieller Vorteil entstehen

könnte, lassen sich weder aus einzelnen Vorschriften noch aus der Gesamtkonzeption des Entwurfs entnehmen. Allerdings unterliegt das Verhalten des Aufgabenträgers - insbesondere im Hinblick auf die von ihm in Ansatz gebrachten Kosten sowohl für Aufträge an Dritte als auch für seinen eigenen Aufwand - nicht der Kontrolle durch den Wettbewerb. Eine Ausschreibung der Rolle des Aufgabenträgers

Nach Auffassung der Kommission ist jedenfalls dann von einer marktgerechten Kompensation auszugehen, wenn der Aufgabenträger in einem wettbewerbsoffenen, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahren bestimmt wurde; so der 29. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, SEK (2000), 720 endg., Rz. 235, hinsichtlich der Gewährleistung von Marktgerechtigkeit bei Infrastrukturleistungen; ebenso Koenig/Kühling, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV Rn. 41; Bär-Bouyssière, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 87 EGV, Rn. 28.

ist nämlich offensichtlich nicht vorgesehen und würde auch dem Gesamtkonzept des Entwurfs widersprechen. Denn die Initiative für das Konzept geht ja gerade von dem antragstellenden Aufgabenträger aus, so dass es für eine Ausschreibung an einer - von der Freien und Hansestadt Hamburg - definierten „Leistung“ fehlt, die ausgeschrieben werden könnte. Ansonsten könnte eine solche Ausschreibung, da der Aufgabenträger seinen Sitz im Innovationsbereich haben muss (§ 3 Abs. 1), nur eine sehr begrenzte Zahl von Bietern ansprechen. Deshalb verfügt der Aufgabenträger von Beginn des Verfahrens an über eine Monopolstellung.

Vor diesem Hintergrund bedarf es rechtlicher Sicherungen, die verhindern, dass die Aufwandsentschädigung des Aufgabenträgers einen angemessenen Ausgleich seiner Aufwendungen übersteigt. Nach dem Gesamtkonzept des Entwurfs wäre der Ort für solche Sicherungen der öffentlich-rechtliche Vertrag nach § 5 Abs. 1. Darüber hinaus bedarf es der Klarstellung und der Kriterien für die Berechnung des angemessenen Ausgleichs für den Aufwand des Aufgabenträgers.

bb. Begünstigung der Grundstückseigentümer im Innovationsbereich

Schwierig zu begründen ist weiterhin, worin eine Begünstigung der Gewerbetreibenden im Innovationsbereich auszumachen ist, die die Voraussetzungen des Beihilfenbegriffs erfüllt. Durch die Investitionen des Aufgabenträgers zur Attraktivitätssteigerung des Quartiers erhalten die quartiersansässigen Gewerbetreibenden gegenüber Gewerbetreibenden anderenorts zwar einen Vorteil, da eine regelmäßige Folge der Quartiersverbesserung die berechnete Aussicht auf höhere Umsätze ist. Ob hierin eine beihilferechtlich relevante Begünstigung im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG liegt, muß erscheint allerdings sehr zweifelhaft.

Begreift man die Begünstigung als staatlich eingeräumten Vorteil, so gilt es vorliegend zu bedenken, dass schon aufgrund der Herkunft der zur Attraktivitätssteigerung verwandten Mittel aus einer Abgabe der Begünstigten eigentlich kein Vorteil bei den Abgabenerwerbern vorliegen kann, da die Investitionen letztlich nur denjenigen zugute kommen, die sie durch die erhobene Abgabe auch finanzieren müssen, Abgabenschuldner und mittelbar Abgabebegünstigte insofern identisch sind.

Der staatlich gewährte Vorteil liegt nämlich nach dem dargelegten Grundkonzept des Entwurfs nicht etwa in der „herkömmlichen“ staatlichen Bereitstellung finanzieller Mittel, sondern lediglich in der Bereitstellung bzw. Schaffung der rechtlichen und organisatorischen Rahmenbedingungen zur Förderung eines Quartiers mit Mitteln, die ausschließlich von den Förderungsadressaten eingezogen werden.

Insofern könnte nur in der Festsetzung und dem Einzug der Abgabe durch die Freie und Hansestadt Hamburg eine Begünstigung der quartiersansässigen Unternehmen liegen. Im Gegensatz zu den bislang üblichen, auf freiwilligem Zusammenschluß beruhenden privaten Organisationsformen mit ähnlichen Zielsetzungen, insbesondere den sog. Gewerbevereinen, liegt der Vorteil der staatlichen Verpflichtung in ihrer Breitenwirkung und Effektivität. Dieser Vorteil ist jedoch nur dann beihilfenrechtlich relevant, wenn er ohne marktübliche Gegenleistung gewährt wird. Jedoch sieht § 7 Abs. 5 S. 2 des Entwurfes vor, dass das Finanzamt für seine Tätigkeit eine Erhebungspauschale einbehält, die Begünstigung also nicht gegenleistungsfrei erfolgt. Mangels eines Marktes für derlei „Finanzamtdienstleistungen“ dürfte es schwierig sein, die Marktunüblichkeit der Gegenleistung zu begründen. Es muss vielmehr davon ausgegangen werden, dass, solange die Erhebungspauschale nicht völlig unerheblich ist, eine Kompensation vorliegt und somit keine von Art. 87 Abs.1 EG erfaßte Begünstigung der Grundstückseigentümer im Innovationsbereich durch Festsetzung und Einzug der Abgabe seitens der Freien und Hansestadt Hamburg gegeben ist.

cc. Kriterien der „Altmark Trans“-Entscheidung des EuGH

Damit bleibt für das Vorliegen eines beihilfenrechtlich relevanten Vorteils nur noch die Anknüpfung an den erörterten Aufwendungsersatz zugunsten des Aufgabenträgers übrig. Stellt dieser Aufwendungsersatz im Einzelfall nach den oben dargestellten allgemeinen Kriterien keine marktgerechte Kompensation dar, könnte er gleichwohl unter Heranziehung der Grundsätze der sog. „Altmark Trans“-Entscheidung des EuGH vom 24. Juli 2003

EuGH, Urt. v. 24. Juli 2003, Rs. C-280/00 (Altmark Trans), Slg. 2003, I-7747, Rz. 88-

94; vgl. u. a. die Urteilsbesprechungen von Werner/Köster, EuZW 2003, 503 ff. sowie von Sellmann, DVBl. 2003, 1211 ff.

als Ausgleich für besondere gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen gerechtfertigt sein. Nach den hierin entwickelten besonderen Kriterien des EuGH für den Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs fallen nämlich – mangels Begünstigungswirkung – solche Zuschüsse zum Linienverkehr im Stadt-, Vorort- und Regionalbereich nicht mehr unter das Beihilfeverbot des Art. 87 Abs. 1 EG, die als Ausgleich für Leistungen angesehen werden können, die durch das bezuschusste Verkehrsunternehmen aufgrund gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht worden sind. Im einzelnen müssen für diesen Ausschluß jedoch folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Das begünstigte Unternehmen muß tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut und diese Verpflichtungen müssen klar definiert worden sein.
- Die Parameter, anhand deren 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.

Die Anwendung dieser Kriterien auf das vorliegende Modell 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.

dd. Zwischenergebnis

Die Prüfung der Voraussetzung der „Begünstigung bestimmter Unternehmen“ ergibt, dass der Vorteil, der den Quartiersansässigen aus den Verbesserungsmaßnahmen entsteht, keine Beihilfe darstellt, weil sie diesen Vorteil selbst in vollem Umfang finanzieren. Auch hinsichtlich des Aufwendungsersatzes des Aufgabenträgers wird es bei ausreichenden Sicherungen in dem öffentlich-rechtlichen Vertrag regelmäßig an einer beihilferechtlich relevanten Begünstigung fehlen, wenn der dem Aufgabenträger zustehende Ausgleich nicht höher liegt als die Kosten, die einem „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen“ bei der Erfüllung der Aufgabe entstanden wären.

d. Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Der Beihilfetatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG setzt weiterhin eine Wettbewerbsverfälschung und eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten voraus. Hierfür reicht jedoch aus, daß die Zuwendung den Wettbewerb zumindest zu verfälschen droht und daß sie geeignet ist, den Handel bzw. den Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Diese niedrigen Anforderungen betonend EuGH, Urt. v. 4. April 2001, Rs. T- 288/97 (Regione autonoma Friuli Venezia Giulia), Slg. 2001, II-1169, Rz. 49.

Diese beiden schwer trennbaren Tatbestandsvoraussetzungen beschränken den Anwendungsbereich des Art. 87 Abs. 1 EG indes nur unwesentlich. Denn die Kommission muß insbesondere nicht nachweisen, daß sich die Beihilfen tatsächlich auf Wettbewerb und Handel zwischen den Mitgliedstaaten auswirken.

EuGH, Urt. v. 4. April 2001, Rs. T- 288/97 (Regione autonoma Friuli Venezia Giulia), Slg. 2001, II-1169, Rz. 50; EuG, Verb. Rs. T-92/00 und T-103/00 (Territorio Historico de Alava /Kommission), Slg. 2002, II-1385, Rz. 77; EuG, Rs. T-35/99 (Keller S.p.A./Kommission), Slg. 2002, II-261, Rz. 85; zustimmend u. a. Nowak, Die Entwicklung des EU-Beihilfenkontrollrechts in den Jahren 2001 und 2002, EuZW 2003, 389 (396).

Insbesondere kommt es nicht darauf an, ob die (drohende) Wettbewerbsverfälschung oder

Eignung zur Handelsbeeinträchtigung spürbar oder erheblich ist.

EuG, Verb. Rs. T-92/00 und T-103/00 (Territorio Historico de Alava /Kommission), Slg. 2002, II-1385, Rz. 78.

Auch die regionale Begrenzung einer Dienstleistung führt nicht a priori zum Wegfall der Eignung, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.

So jüngst EuGH, Urt. v. 24. Juli 2003, Rs. C-280/00 (Altmark Trans), Slg. 2003, I-7747, Rz. 77-82.

Nach verbreiteter, in der Vergangenheit auch durch die Kommission und verschiedene Generalanwälte vertretener Ansicht, soll sogar jeder Beihilfengewährung bereits eine wettbewerbsverfälschende Wirkung immanent sein.

Vgl. das Vorbringen der Kommission, wiedergegeben in EuGH, Urt. v. 24. Februar 1987, Rs. 304/85 (Acciaierie Ferriere Lombarde Falck/Kommission), Slg. 1987, 871, Rz. 24; sehr deutlich auch GA Capotori, Schlußantr. in der Rs. 730/79 (Philip Morris/Kommission), Slg. 1980, 2671, 2698 f.; und im Ergebnis auch GA Warner, Schlußantr. in der Rs. 173/73 (Italien/Kommission), Slg. 1974, 709, 729.

Dieser sehr weitgehenden Sichtweise hat sich der EuGH zwar bislang nicht angeschlossen. Die Kommission müsse vielmehr grundsätzlich eine Marktanalyse erstellen und hierüber eine mögliche Verfälschung des Wettbewerbs begründen.

Vgl. EuGH, Verb. Rs. 296/82, 318/82 (Niederlande und Leeuwarder Papierwarenfabrik), Slg. 1985, 809, Rz. 24; Rs. 248/84 (Deutschland/Kommission), Slg. 1987, 4013, Rz. 18.

Auf dieser Grundlage kann trotz der dargestellten geringen „Filterfunktion“ des Wettbewerbsverfälschungs- und des Handelsbeeinträchtigungskriteriums im vorliegenden Fall das Vorliegen einer Beihilfe auch unter diesen beiden Gesichtspunkten verneint werden, soweit es um den „Vorteil“ der Grundstückseigentümer und Gewerbetreibenden im Innovationsbereich geht. Dies folgt bereits daraus, dass es jedem ihrer Wettbewerber frei steht, vergleichbare Innovationsbereiche zu initiieren. Zwar mögen die Realisierungschancen in verschiedenen städtischen Quartieren unterschiedlich sein. Dies hat seine Ursache aber nicht in einer staatlichen Begünstigung, sondern ist Folge der „Situationsgebundenheit“ jedes Geschäftsgrundstücks. Unabhängig davon ließe sich ein Wettbewerbsvorteil der Gebietsansässigen selbst unter Zugrundelegung großzügigster Maßstäbe kaum über das Gebiet der Freien und Hansestadt Hamburg hinaus begründen.

Anders könnte sich die Situation im Hinblick auf eine eventuelle „Begünstigung“ des

Aufgabenträgers durch eine Überkompensation des ihm entstandenen Aufwandes darstellen. Sie könnte sich nämlich im Extremfall als ein – sonstigen finanziellen Begünstigungen vergleichbarer und insofern nicht spezifisch durch das BID-Konzept geprägter – Vorteil darstellen, der dem Aufgabenträger einen Wettbewerbsvorteil bei seinen sonstigen, nicht im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als Aufgabenträger stehenden wirtschaftlichen Tätigkeiten verschafft. Allerdings würde dies eine Quersubventionierung seiner sonstigen Wirtschaftstätigkeit durch die aus Abgaben gewonnenen Mittel voraussetzen. Gegen eine solche Quersubventionierung schützt aber die in § 7 Abs. 5 enthaltene und mit den Mitteln der Aufsicht kontrollierbare Verpflichtung, die Einnahmen aus dem Abgabenaufkommen treuhänderisch und abgesondert von seinen eigenen Mitteln zu verwalten. Deshalb könnte selbst eine Überkompensation des vom Aufgabenträger erbrachten Aufwandes nicht zu einer Wettbewerbsverfälschung führen.

e. Ergebnis der beihilferechtlichen Begutachtung

Die durch den Entwurf bewirkten „Vorteile“ für den Aufgabenträger (Ersatz der eigener Aufwendungen für die Aufgabenerledigung) und für die quartiersansässigen Gewerbetreibenden (Aussicht auf Umsatzsteigerung) unterliegen keinen durchgreifenden beihilferechtlichen Bedenken. Beide „Vorteile“ stellen keine Begünstigung im Sinne des Beihilfenrechts dar, weil ihnen eine Gegenleistung entspricht. Unabhängig davon würde eine solche „Begünstigung“ nicht zu einer Wettbewerbsverfälschung und folglich auch nicht zu einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten führen.

2. Vergaberecht

Vergaberechtlich gilt es, im vorliegenden Fall - wie allgemein bei Public Private Partnership-Modellen - grundsätzlich zwei Ebenen zu unterscheiden: Die erste Ebene, die die Auswahl des privaten Partners, hier also des sog. Aufgabenträgers, betrifft, und die zweite Ebene, auf der im Rahmen der Tätigkeit des Privaten von diesem Aufträge an Dritte vergeben werden.

Siehe hierzu insbesondere Dreher, Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht, NZBau 2002, 247 ff., und Jaeger, Public Private Partnership und Vergaberecht, NZBau 2001, 6 ff.

Die Frage, welche vergaberechtlichen Anforderungen auf beiden Ebenen angelegt werden können, hängt zunächst vom Erreichen bestimmter durch die EG-Vergaberichtlinien gezogenen Wertschwellen des betreffenden Auftrages ab. Oberhalb der Schwellenwerte, also

für Aufträge von Binnenmarktrelevanz, gelten die Vorgaben des durch die gemeinschaftsrechtlichen Vergabekoordinierungsrichtlinien geprägten „europäisierten“ Kartellvergaberechts, das in den §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sowie der zu seiner Ausführung ergangenen Vergabeverordnung (VgV) und den entsprechenden Abschnitten der Verdingungsordnungen (VOB/A, VOL/A, VOF) geregelt ist. Unterhalb jener Wertschwellen kommt das traditionelle haushaltsrechtlich geprägte Vergaberecht mit den sog. Basisparagrafen der Verdingungsordnungen zur Anwendung, das im Unterschied zum Kartellvergaberecht nur für haushaltsrechtsunterworfenen Rechtssubjekte – wie die Freie und Hansestadt Hamburg als Gebietskörperschaft – gelten kann, nicht jedoch für Private wie den Aufgabenträger.

Die Regelungen des Kartellvergaberechts kommen nur dann zu tragen, wenn zusätzlich zum Überschreiten der Schwellenwerte auch der persönliche und der sachliche Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB eröffnet sind, d. h. es müßte sich bei der Freien und Hansestadt Hamburg bzw. dem Aufgabenträger um „öffentliche Auftraggeber“ im Sinne des § 98 GWB handeln und deren Aktivitäten müßten sich als „öffentliche Aufträge“ im Sinne des § 99 GWB darstellen.

a. Bedeutung für die Betrauung des Aufgabenträgers

Bedeutung hat das Vergaberecht für den vorliegenden Entwurf deshalb, weil für die Auswahl des Aufgabenträgers keine Ausschreibung vorgesehen ist, und vor allem deshalb, weil die Anforderung, wonach der Aufgabenträger seinen Sitz im Innovationsbereich haben muss (§ 3 Abs. 1), offensichtlich in Konflikt geraten kann mit den vergaberechtlichen Zulassungskriterien.

Käme man nämlich zu einer Qualifikation des Vertrages zwischen dem Aufgabenträger und der Freien und Hansestadt Hamburg als öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 GWB, fänden nach § 97 Abs. 6 GWB i.V.m. § 4 Abs. 1 VgV die Regelungen des 2. Abschnitts der VOL/A Anwendung. Daraus würde folgen, dass der Auftrag nach Maßgabe der §§ 16, 17 und 17a VOL/A gemeinschaftsweit ausgeschrieben werden müsste. Selbst wenn die Wertgrenze von 200.000 Euro nicht erreicht werden sollte, würde sich eine Ausschreibungspflicht aus § 55 Abs. 1 LHO der Freien und Hansestadt Hamburg ergeben, die i. E. zur Anwendbarkeit der sog. „Basisparagrafen“ §§ 16 und 17 VOL/A führen würde.

Die in § 3 Abs. 1 S. 2 des Entwurfs vorgesehene Beschränkung auf gebietsansässige Aufgabenträger könnte mit § 7 Ziff. 1 S. 2 VOL/A unvereinbar sein. Das Verbot regionaler

oder lokaler Beschränkungen (§ 7 Ziff. 1 S. 2 VOL/A) ist eine Sonderregelung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sowie des Wettbewerbsprinzips und hat zwingenden Charakter. Ziel der Regelung ist es, das Defizit an Wettbewerb, das aufgrund der Bevorzugung von Unternehmen vor Ort besteht, zu überwinden. Motive für die Bevorzugung ortsansässiger Unternehmen sind häufig, zusätzliche Gewerbesteuer-Einnahmen zu erzielen, die Beschäftigung einheimischer Arbeitskräfte zu fördern, oder allgemein die lokale Konjunkturbelebung. Die Verfolgung solcher Interessen durch eine geographische Begrenzung des Bewerberkreises ist unzulässig.

So etwa Prieß, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, 2001, § 8 Rn. 6, zur inhaltlich gleichen Parallelregelung in der VOB/A.

Im Rahmen einer Ausschreibung wäre daher eine solche Begrenzung des Teilnehmerkreises mit § 7 Ziff. 1 S. 2 VOL/A kaum zu vereinbaren.

Eine Berücksichtigung der Quartiersansässigkeit im Rahmen der Angebotswertung, d.h. als Zuschlagskriterium, könnte dagegen unter Umständen zulässig sein. Aufgrund sachlicher Gründe, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der vertraglich zu erbringenden Leistung stehen, kann im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes einem ortsansässigen oder vor Ort vertretenen Bieter der Vorzug vor nicht ortsansässigen Bietern gegeben werden. Ein solcher sachlicher Grund liegt nach einer Entscheidung des Vergabeüberwachungsausschusses Niedersachsen vor, wenn die ordnungsgemäße Leistungserbringung die Präsenz des Auftragnehmers vor Ort erfordert. VÜA Niedersachsen Tgb.-Nr. 1/96 „Container-Portalkran“ WuW/E Verg 97/98; Zuschlag an einen Unternehmer, der bei Stör- und dringenden Notfällen direkt mit eigenem Wartungspersonal vor Ort verfügbar ist; Ablehnung eines Bieters, der mit seinem Kundendienst in besonderen Notfällen in ca. 6 Stunden am Einsatzort sein könnte.

Dem könnte auch nicht das Argument entgegengehalten werden, dass nach dem Entwurf nur ein einziger Auftragnehmer, nämlich der Aufgabenträger in Betracht kommt. Ob diese Ausgestaltung des Entwurfs, wonach sich mit dem Antrag und seiner „Bewilligung“ in Gestalt der Rechtsverordnung das Verfahren auf einen Aufgabenträger konzentriert, mit höherrangigem Vergaberecht des Bundes und der EU in Einklang steht, bedarf gerade der Prüfung.

b. Überschreiten der Schwellenwerte

Wie oben dargestellt, variieren die Anforderungen, die das Vergaberecht an die Auswahl eines Vertragspartners stellt, in Abhängigkeit vom Auftragswert. Für Dienstleistungsaufträge - um einen solchen könnte es sich bei dem „Auftrag“ der Freien und Hansestadt Hamburg an den Aufgabenträger handeln - liegt der Schwellenwert für das Eingreifen des

Kartellvergaberechts bei einem Auftragswert in Höhe von 200.000 Euro.

Vgl. § 102 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Ziff. 3 VgV.

Zur Auftragswertermittlung ist von der geschätzten Gesamtvergütung für die vorgesehene Leistung auszugehen (§ 3 Abs. 1 VgV). Nach § 8 Abs. 1 des Entwurfs ist für die Tätigkeit des Aufgabenträgers eine Laufzeit von bis zu 8 Jahren möglich. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass die Aufwandsentschädigung oder die „Vergütung“ des Aufgabenträgers den Schwellenwert überschreitet.

c. Auftraggebereigenschaft

aa. Freie und Hansestadt Hamburg als Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB

Auf der ersten Ebene kommt der Freien und Hansestadt Hamburg als Gebietskörperschaft unzweifelhaft Auftraggeberqualität im Sinne des § 98 Nr. 1 GWB zu. Diese Vorschrift unterwirft mit dem Begriff der „Gebietskörperschaft“ den Bund, die Länder, die Landkreise und die Gemeinden als klassische öffentlich-rechtliche Auftraggeber dem Kartellvergaberecht.

bb. Aufgabenträger als Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB

Demgegenüber gestaltet sich die Beurteilung der Auftraggebereigenschaft auf der zweiten Ebene hinsichtlich des privaten Aufgabenträgers wesentlich schwieriger. Während eine Subsumtion unter § 98 Nr. 1, 3, 4, 5 und 6 GWB bereits durch den klaren Wortlaut ausscheidet, bedarf eine mögliche Qualifikation nach § 98 Nr. 2 GWB einer eingehenden Überprüfung.

Eine Auftraggebereigenschaft nach § 98 Nr. 2 GWB kommt hinsichtlich des Aufgabenträgers dann in Betracht, wenn es sich bei ihm um eine zur Wahrnehmung bestimmter im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nichtgewerblicher Art gegründete juristische Person handelt, die durch die Freie und Hansestadt Hamburg als eine Stelle im Sinne des § 98 Nr. 1 oder 3 GWB beherrscht wird, indem diese entweder sie überwiegend finanziert oder über ihre Leitung Aufsicht ausübt bzw. ihre geschäftsführenden oder aufsichtführenden Organe mehrheitlich bestimmt hat.

(1) Gründung zu dem besonderen Zweck

Die juristische Person muß also zu dem besonderen Zweck gegründet worden sein, bestimmte öffentliche Aufgaben wahrzunehmen. Aus Gründen der Rechtssicherheit reicht es nicht aus, wenn die Einrichtung tatsächlich diese öffentlichen Aufgaben wahrnimmt. Sie müssen in dem Gründungsakt festgelegt sein. Dies kann durch Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag gesehen. Im Hinblick auf den großen Wert, den der EuGH der Rechtssicherheit für potentielle Auftragnehmer beigemessen hat,

Vgl. EuGH, Urt. v. 15. Januar 1998, Rs. C-44/96 („Österreichische Staatsdruckerei“), Slg. 1998, I-73, Rz. 34.

dürfte es regelmäßig darauf ankommen, was in der Satzung steht.

So etwa Marx, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, 2001, zu § 98 GWB, Rn. 15; weitergehend dagegen Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2001, § 98 Rn. 24 ff., der aus Effektivitätsgründen auch eine nachträgliche oder nur tatsächliche Festlegung auf den besonderen Zweck für ausreichend hält.

(2) Nichtgewerblicher Art

Aufgabe nichtgewerblicher Art bedeutet, dass die Tätigkeit nicht den Charakter eines Handels- oder Industrieunternehmens haben darf, d. h. typischerweise durch die ausschließliche oder zumindest vorrangige Gewinnerzielungsabsicht bestimmt ist. Eine wichtige Kontrollfrage dürfte in diesem Zusammenhang sein, ob die zu qualifizierende juristische Person auf dem Feld, auf dem sie Anbieter ist, im Wettbewerb steht und ob die Möglichkeit besteht, dass sie in Konkurs gehen könnte.

Vgl. Marx, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, 2001, zu § 98 GWB, Rn. 15; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2001, § 98 Rn. 28 ff.

(3) Beherrschung

Beherrschung kann in drei prinzipiell unterschiedlichen Ausprägungen vorliegen. Dabei reicht es, wenn die Voraussetzungen einer Ausprägung erfüllt sind.

Ein erster Beherrschungstatbestand ist die überwiegende Finanzierung der Einrichtung durch eine Gebietskörperschaft. Es ist vorstellbar, dass die Finanzierung durch gesellschaftsrechtliche Kapitalbeteiligung, durch regelmäßige Subventionen, durch Kapitalbeteiligung plus Zuwendungen, auch durch Darlehen ohne gesellschaftsrechtliche Beteiligung erfolgt. Entscheidend ist, dass die Geldmittel der Einrichtung zu mehr als der

Hälfte von Gebietskörperschaften stammen.

Aufsicht über die Leitung der juristischen Person über Gebietskörperschaften aus, wenn nicht nur eine reine Rechtsaufsicht vorliegt. Die reine Rechtsaufsicht nimmt keinen inhaltlichen Einfluß auf die Tätigkeit der Institution, sondern achtet nur darauf, dass die Institution den Rechtsrahmen, innerhalb dessen sie agieren darf und muß, nicht verläßt. Aufsicht über die Leitung verlangt insofern Fachaufsicht.

Die dritte Variante der Beherrschung der juristischen Person liegt vor, wenn Gebietskörperschaften die Geschäftsführungsorgane oder die zur Aufsicht berufenen Organe zu mehr als 50% bestimmt haben. Allein die Möglichkeit der Bestellung reicht hier nicht aus. Die Bestellung muß tatsächlich durch Gebietskörperschaften erfolgt sein. Andererseits bedarf es hier nicht des Nachweises, dass auf die Geschäftsführung und die Aufgabenwahrnehmung Einfluß ausgeübt werden kann. Es reicht, wenn ein Einflußmerkmal vorliegt; auch in diesem Zusammenhang ist keine Kumulation erforderlich. Spätestens mit diesem Einflußinstrument werden Wirtschaftsförderungsgesellschaften und verwandte Einrichtungen erfaßt, wenn sie nicht schon mit dem Finanzierungsmerkmal erfaßt sind oder der Aufsicht unterliegen.

Vgl. Marx, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, 2001, zu § 98 GWB, Rn. 9-12; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2001, § 98 Rn. 42 ff.

(4) Subsumtion

Nach § 7 Abs. 5 S. 3 des Entwurfs muß der Aufgabenträger die Einnahmen aus den Abgaben treuhänderisch verwalten und abgesondert von seinen eigenen Mitteln bewahren. Insofern könnte eine organisatorische Ausgliederung in Form der Gründung einer juristischen Person für diese im Allgemeininteresse (vgl. § 1 und § 2 des Entwurfes) stehende Tätigkeit wahrscheinlich werden.

Da die Höhe der Abgabe durch den tatsächlich entstehenden Aufwand gedeckelt ist und der Aufgabenträger bei der Ausübung seiner Aufgabe nicht im Wettbewerb steht, dürfte auch eine nichtgewerbliche Ausübung im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB vorliegen.

Auch das Merkmal der staatlichen Finanzierung liegt vor, da die Freie und Hansestadt Hamburg eine Abgabe erhebt und das Aufkommen nach Einstellung in den Haushalt an den Aufgabenträger weiterleitet. Vor diesem Hintergrund ist der Aufgabenträger als staatlich finanziert im Sinne des Vergaberechts zu qualifizieren.

Nach § 6 Abs. 3 S. 1, 2 erfolgt durch die Handelskammer Hamburg eine Aufsicht über die

ordnungsgemäße Geschäftsführung des Aufgabenträgers. Hilft dieser begründeten Beanstandungen nicht ab, kann er auf Antrag der Handelskammer durch die Aufsichtsbehörde abberufen werden. Ob dieser Kontrolle Fachaufsichtsqualität zugesprochen werden kann, ist zweifelhaft, da die Freie und Hansestadt ihrerseits nur die Rechtsaufsicht gegenüber der Handelskammer ausüben darf.

Schließlich wird der Aufgabenträger selbst erst durch die Freie und Hansestadt Hamburg bestimmt durch den Abschluß des öffentlich-rechtlichen Vertrages und die Rechtsverordnung. Damit liegt – jedenfalls funktional – eine Bestimmung des Geschäftsführungsorgans der (zu gründenden) juristischen Person vor. Insofern lägen mit der letzten Variante der Beherrschung alle erforderlichen Merkmale zur Qualifikation des Aufgabenträgers als Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB vor.

(5) Bewertung

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.

Bei der Auslegung der Merkmale des § 98 Nr. 2 GWB ist jedenfalls – mit Blick auf das Ziel der hierin umgesetzten Vorgaben der EG-Vergaberichtlinien – letztlich auf eine funktionale Betrachtungsweise abzustellen.

Vgl. zum funktionalen Auftraggeberbegriff bereits EuGH, Urt. v. 20. September 1988, Rs. 31/87 („Beentjes“), Slg. 1988, 4655, Rz. 11; u. a. bestätigt durch Urt. v. 17. Dezember 1998, Rs. C 306/97 (Connemara Machine Turf), Slg. 1998, I-8761, Rz. 20, sowie Urt. v. 17. Dezember 1998, Rs. C 353/96 (Kommission/Irland), Slg. 1998, I-8565, Rz. 26.

Zur Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den gemeinsamen Binnenmarkt kommt es dem Gemeinschaftsrecht nicht darauf an, was der einzelne EG-Mitgliedstaat in seiner Organisationshoheit „zum Staat erklärt“ und was nicht, sondern ob die einkaufende Einheit Funktionen wahrnimmt, die als staatlich eingestuft werden können oder diesen vergleichbar sind. Würde das EG-Recht nur an formale Kriterien anknüpfen, wäre es für alle Mitgliedstaaten ein Leichtes, sich der Anwendungspflicht der Regeln allein dadurch zu entziehen, dass staatliche Tätigkeiten in eine andere Form gegossen würden.

Vgl. Marx, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, 2001, zu § 98 GWB, Rn. 2; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2001, Vorbemerkung Vor §§ 97 ff. Rn. 50-52 und § 98 Rn. 12ff.; auch schon Hailbronner, Die Vergabe öffentlicher Aufträge nach europäischem Gemeinschaftsrecht, WiVerw 1994, 173 (193 f.).

Entscheidend ist daher, dass die Einrichtung geschaffen wurde, um die ihr durch Gesetz zugewiesenen Aufgaben im Allgemeininteresse zu erfüllen. Dies ist hier der Fall. Der Aufgabenträger erhält durch (Vertrag und) Rechtsverordnung eine Aufgabe (Quartieraufwertung) anvertraut und dazu Mittel durch staatliche Abgabenerhebung zur Verfügung gestellt. Das hierfür erlassene Rahmengesetz sieht zudem Aufsichtsmöglichkeiten über die Geschäftsführungstätigkeit des Aufgabenträgers durch die Handelskammer vor. Auf ihren Antrag hin kann der Aufgabenträger seiner Aufgabe enthoben werden. Die Handelskammer selbst unterliegt ihrerseits einer Rechtsaufsicht durch die Freie und Hansestadt Hamburg.

In der Zusammenschau dieser Indizien wird man kaum umhinkommen, eine öffentliche Auftraggebereigenschaft nach § 98 Nr. 2 GWB anzunehmen. Bei einer durch das Gemeinschaftsrecht gebotenen funktionalen Auslegung der Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 GWB wird deutlich, dass auch die zweite Ebene des vorliegenden Public Private Partnership-Modells, nämlich die spätere Auftragsvergabe durch den Aufgabenträger, im Ergebnis nicht von den Vorgaben des Kartellvergaberechts freigestellt sein kann.

bb. Zwischenergebnis

Sowohl die Freie und Hansestadt Hamburg als auch der Aufgabenträger sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des Kartellvergaberechts. Damit ist der persönliche Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts eröffnet.

d. Betrauung des Aufgabenträgers durch die Freie und Hansestadt Hamburg als öffentlicher Auftrag?

Während auf der zweiten Ebene die später seitens des jeweiligen Aufgabenträgers zu vergebenden Aufträge eindeutig als „öffentliche Aufträge“ im Sinne des § 99 GWB zu qualifizieren sein werden, gestaltet sich auf der ersten Ebene die Einordnung der „Beauftragung“ des Aufgabenträgers selbst als unsicher.

Nach der Legaldefinition in § 99 Abs. 1 GWB sind „öffentliche Aufträge“ alle entgeltlichen Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die u. a. Dienstleistungen

zum Gegenstand haben.

aa. Entgeltlicher Vertrag

Unter „Entgeltlichkeit“ im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB ist zwar nicht jeder geldwerte Vorteil, sondern nur die Zahlung einer finanziellen Gegenleistung zu verstehen. Aus dem Wortlaut des § 99 Abs. 1 GWB folgt jedoch nicht, dass das Entgelt direkt vom öffentlichen Auftraggeber stammen müsste. Die Funktion der Entgeltlichkeit liegt darin, die wirtschaftliche Ausrichtung der erfaßten Aufträge zum Ausdruck zu bringen, weshalb auch eine Baukonzession ohne Zusatzvergütung unter den öffentlichen Auftragsbegriff des § 99 GWB fällt.

Vgl. Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2001, § 99 Rn. 8; Thieme, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 2001, § 99 Rn. 5.

Der Aufgabenträger kann nach der Konzeption des Entwurfs einen Teil der ihm zur Umsetzung seines Konzepts zufließenden Mittel zur Deckung seines Aufwandes behalten. Eine „Entgeltlichkeit“ im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB ist deshalb zu bejahen.

Da der mit dem Aufgabenträger zu schließende Vertrag öffentlich-rechtlicher Natur sein soll (§ 5 Abs. 1), stellt sich jedoch die Frage, ob das Kartellvergaberecht gleichermaßen für privatrechtliche wie auch für öffentlich-rechtliche Verträge gilt. Zwar läßt der Gesetzeswortlaut in § 99 Abs. 1 GWB die Rechtsform des Vertrags offen, jedoch geht die Begründung zum Regierungsentwurf des Vergaberechtsänderungsgesetzes

BT-Drs. 13/9340, S. 15.

offensichtlich davon aus, dass es sich hierbei lediglich um privatrechtliche Verträge handelt. Dies ist jedoch insofern unerheblich, als die zu Grunde liegenden europäischen Richtlinien selbst den Begriff des öffentlichen Auftrags keineswegs nur auf privatrechtliche Verträge beschränken und gleichzeitig nach dem Willen des Gesetzgebers die Begrifflichkeit der Richtlinien übernommen werden sollte. Nach einer richtlinienkonformen Auslegung des Gesetzestextes, die vorrangig gegenüber der in der Gesetzesbegründung enthaltenen fehlerhaften Interpretation dieser Richtlinien selbst ist und im übrigen auch mit dem Gesetzeswortlaut übereinstimmt, fallen daher unter öffentliche Aufträge im Sinne des § 99 GWB grundsätzlich auch öffentlich-rechtliche Verträge.

So etwa Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2001, § 99 Rn. 7; Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 2003, Vorb. zu §§ 97–101 Rn. 14; Thieme, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1,

2001, § 99 Rn. 3; Schulte, *Ausnahmen vom neuen Vergaberecht durch öffentlich-rechtliche Verträge?*, NZBau 2000, 272 (275); Althaus, *Öffentlich-rechtliche Verträge als öffentliche Aufträge gem. § 99 GWB*, NZBau 2000, 277 (279); dagegen, aber nicht überzeugend OLG Celle, Urt. v. 24. 11. 1999, NZBau 2000, 300; Bechtold, *GWB*, 2002, § 99 Rn. 1.

Der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages mit dem Aufgabenträger steht somit der Einordnung als „entgeltlicher Vertrag“ im Sinne des § 99 Abs.1 GWB nicht entgegen, ein „öffentlicher Auftrag“ läge insoweit vor. Bei formaler Betrachtungsweise unterfiele daher der Vorgang der „Beauftragung“ des Aufgabenträgers mit der Gebietsaufwertung auch dem sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts mit der Folge, dass das Kartellvergaberecht auf der ersten Ebene vollständig zur Anwendung kommen würde.

An diesem „formalen“ Zwischenergebnis sind jedoch Zweifel angebracht, weil das Verhältnis zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und dem Aufgabenträger nach dem Grundmodell des Entwurfs offensichtlich weder rechtlich noch wirtschaftlich dem typischen Verhältnis zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem von diesem beauftragten Unternehmen entspricht. Aufgrund der Neuartigkeit des vorliegenden Konzepts finden sich weder in der Spruchpraxis der Vergabeausschüsse und Vergabekammern noch in der Literatur vergleichbare Parallelfälle von Public Private Partnerships, die für die vergaberechtliche Beurteilung eine verlässliche Linie vorgeben könnten. Jedoch lassen sich aus der Funktion des Vergaberechts einerseits und dem Charakter der Aufgaben- und Verantwortungsverteilung zwischen Freier und Hansestadt Hamburg und Aufgabenträger andererseits bei gebotener ganzheitlicher Betrachtungsweise überzeugende Argumente gegen eine Einordnung der Beauftragung des Aufgabenträgers als „öffentlicher Auftrag“ im Sinne des Kartellvergaberechts gewinnen.

bb. Vertrag als alleiniger Anknüpfungspunkt?

Nach § 99 GWB sind, wie oben dargestellt, öffentliche Aufträge stets Verträge. Aus dem Vertragscharakter des öffentlichen Auftrags folgt, dass Leistungen, die aufgrund einer Übertragung von Aufgaben durch Gesetz, Verordnung, Satzung, Gründungsstatuten oder Verwaltungsakt (z. B. Beleihung) erbracht werden, grundsätzlich nicht dem Vergaberecht unterfallen können.

So etwa Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 2001, § 99 Rn. 3; Thieme, in: Langen/Bunte, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Bd. 1, 2001, § 99 Rn. 2; ähnlich (wenn auch verfehlt hinsichtlich der Einordnung öffentlich-rechtlicher Verträge) Bechtold, *GWB*, 2002, § 99 Rn. 1.

Die Rechtsverhältnisse, die maßgeblich für die Durchführung bzw. Durchführbarkeit des BID-Konzepts sind, beruhen jedoch nur zum Teil auf dem zu schließenden Vertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und dem Aufgabenträger. So werden nach § 5 Abs. 2 des Entwurfes die Innovationsbereiche selbst (Gebietsabgrenzung), die in ihnen jeweils zu verfolgenden Ziele, die zu ergreifenden Maßnahmen und vor allem die zur Finanzierung notwendige Geldleistungsverpflichtung der Grundstückseigentümer hoheitlich durch eine Rechtsverordnung festgesetzt. Ohne diese tragenden Elemente, die zivilrechtlich betrachtet Geschäftsgrundlage des zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und dem jeweiligen Aufgabenträger zu schließenden Vertrages sind, ist das Konzept nicht durchführbar. Insofern greift eine Betrachtung, die nur an den Vertrag allein anknüpft, zu kurz und wird der Gesamtstruktur des Konzepts nicht gerecht.

cc. Kein Beschaffungsvorgang mangels staatlichen Einkaufes privater Leistungen

Kennzeichnend für „öffentliche Aufträge“ im Sinne des Vergaberechts ist das Vorliegen eines Beschaffungsvorgangs: Der öffentliche Auftraggeber kauft etwas ein, er beschafft am Markt bestimmte Leistungen, die er nicht selbst erbringen kann bzw. will.

So findet das Vergaberecht mangels Beschaffungscharakter grundsätzlich keine Anwendung bei der bloßen Veräußerung von Vermögen durch einen öffentlichen Auftraggeber oder bei einem Investorenauswahlverfahren für ein städtisches Grundstück, das anschließend nach bestimmten städtebaulichen Gesichtspunkten bebaut werden soll.

So Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 99 Rn. 24; dahingehend auch Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2001, § 99 Rn. 5.

Einen Beschaffungscharakter in diesem Sinne hat die Verpflichtung des Aufgabenträgers durch die Freie und Hansestadt Hamburg nicht. Sie dient vielmehr nur dazu, die (Selbst-)Verpflichtung des Aufgabenträgers gegenüber den zahlungspflichtigen Quartiersansässigen rechtlich abzusichern. Sie stellt sich in diesem Sinne nur als Unterstützung der privaten Selbstorganisation bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dar. Diese Aufgabe der Quartiersaufwertung, die die Freie und Hansestadt Hamburg nicht selbst wahrnehmen will und deshalb den Quartiersansässigen selbst überlassen hat, wurde und wird bislang privat initiiert und organisiert. Daran ändert sich auch nach dem Entwurf nichts. Insbesondere die Rückkopplung des Aufgabenträgers an den Konsens der Abgabenunterworfenen (vgl. § 4 Abs. 1, 3 und 4 sowie § 6 Abs. 1 und 2 des Entwurfes) verdeutlicht, dass der Grundcharakter

der Quartiersverbesserung als eine in der Verantwortung der Quartiersansässigen liegende private Initiative auch im Rahmen dieser Organisationshilfe erhalten geblieben ist. Wenn es sich also nicht um eine eigene Aufgabe des Staates handelt, so kann die Freie und Hansestadt Hamburg auch nicht als „Empfänger“ oder „Begünstigter“ der Leistungen des Aufgabenträgers angesehen werden. Die Überlassung einer öffentlichen Aufgabe an die Selbstorganisationskräfte der Gesellschaft ist kein staatlicher Einkauf einer bestimmten Leistung, wie dies das Vergaberecht voraussetzt. Ebenso wenig leistet der Aufgabenträger bei wertender Betrachtung an die Freie und Hansestadt Hamburg als „Vertragspartnerin“, sondern er erbringt die Aufgabenträgerleistungen für die Quartiersansässigen und in eigenem Interesse.

Stellt also die Freie und Hansestadt Hamburg lediglich eine „staatliche Organisationshilfe“ für das private Engagement und seine private Finanzierung zur Verfügung, indem sie privat initiierte Innovationsbereiche mit Verbindlichkeit ausstattet und die gleichmäßige Erhebung von Beiträgen zu ihrer Finanzierung ermöglicht, ist dies kein öffentlicher Beschaffungsvorgang.

e. Zusammenfassung der vergaberechtlichen Erörterung

Mit der Funktion des Vergaberechts und dem Charakter der Innovationsbereiche ist es nicht vereinbar, den Vertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und dem Aufgabenträger als „öffentlichen Auftrag“ im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB zu qualifizieren und ihn damit dem Vergaberecht zu unterwerfen.

Hinsichtlich der zweiten Ebene jedoch, d. h. für die Aufträge, die der Aufgabenträger in der Folgezeit selbst vergibt, sind - abhängig von der Art des Auftrages und dem Erreichen der jeweiligen Wertschwellen in § 2 VgV - die Vorgaben der jeweiligen Abschnitte der VOB/A, VOL/A und VOF einschlägig.

Im Ergebnis sind die Aufträge auch hier gemeinschaftsweit auszuschreiben, vgl. insbesondere §§ 17, 17a VOB/A bzw. VOL/A und §§ 5, 9 VOF.

3. Teil: Ergebnis der rechtlichen Begutachtung

(1.) Der Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren zielt auf die Einführung des Modells der „Business Improvement Districts (BIDs)“ und damit einer neuartigen Form von Public Private Partnership in die deutsche Rechtsordnung. Als die wesentliche Neuerung hat sich die spezifische Aufgabenverteilung erwiesen. Die Aufgabe, die Versorgung der Bevölkerung zu verbessern und gewachsene urbane Einzelhandels- und Dienstleistungszentren zu stärken und zu entwickeln, 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 (dazu 2. Teil, A.).

(2.) Für diese gesetzliche Regelung steht der Freien und Hansestadt Hamburg die Landesgesetzgebungskompetenz zu. Soweit für die im Entwurf geregelte Materie eine Sachgesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 (Bodenrecht) oder Nr. 11 (Recht der Wirtschaft) GG besteht, hat dieser von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit keinen (abschließenden) Gebrauch gemacht. Auch für die Abgabenregelung besteht eine Landesgesetzgebungskompetenz, weil es sich bei der Abgabe nach § 7 des Entwurfs nicht um eine Steuer i.S.d. Art. 105 GG handelt. Das Aufkommen aus der Abgabe steht nämlich nicht dem allgemeinen Finanzbedarf der Freien und Hansestadt Hamburg zur Verfügung und ist im übrigen gegenleistungsabhängig (dazu Teil 2, B. I. 1. und 2.).

(3.) Mit den bundesrechtlichen Vorgaben des Finanzverwaltungsgesetzes ist die im Entwurf vorgesehene Erhebung durch die Finanzämter vereinbar. Auch zu den bundesrechtlichen Vorgaben der Abgabenordnung über die Verwendung von Grundsteuerdaten steht der Entwurf nicht in Widerspruch. Allerdings fehlt es für die vorgesehene Bildung von nach Maßgabe der Einheitswerte gewichteten Zustimmungs- und Widerspruchsquoren (§ 4 Abs. 1 S. 1 und Abs. 4 S. 1, § 6 Abs. 2 S. 2 des Entwurfs) an einer Regelung, die die erforderliche Offenbarung der Grundsteuerdaten gegenüber den zuständigen Behörden vorsieht (dazu Teil 2, B. I. 3.).

(4.) Die Frage, ob der Aufgabenträger von dem Erfordernis eigener demokratischer Legitimation völlig freigestellt werden kann, ist schwer zu beantworten, obwohl er nicht über eigene hoheitliche (Zwangs-)Befugnisse verfügt und seine Position auch nicht durch ein den Trägern funktionaler Selbstverwaltung vergleichbares Maß an Autonomie geprägt ist. Verneint man die Frage, so genügt der Entwurf jedenfalls den - abgeschwächten - Legitimationserfordernissen dadurch, dass er durch das Gesetz selbst, durch die konkretisierende Rechtsverordnung wie auch durch die Aufsicht über den Aufgabenträger eine ausreichende sachlich-inhaltliche Steuerung des Aufgabenträgers vorsieht. Hinzu tritt die Prüfung der persönlichen Voraussetzungen für die Übernahme der Aufgabenträgerfunktion durch die Freie und Hansestadt Hamburg, durch die personelle Legitimation vermittelt wird. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der Entwurf eine angemessene Partizipation der Betroffenen vorsieht, die nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ebenfalls geeignet ist, demokratische Legitimation zu vermitteln (dazu Teil 2, B. II. 1.).

(5.) Die Beurteilung der finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Abgabe erweist sich deshalb als schwierig, weil sie sich – auf Grund der besonderen Konstruktion des Innovationsbereichs - nicht eindeutig einer der bekannten Abgabentypen zuordnen lässt, doch sprechen gute Argumente für ihre Qualifizierung als Beitrag. Als Beitrag genügt sie den hierfür geltenden verfassungsrechtlichen Anforderungen, insbesondere dem Äquivalenzprinzip. Insofern liegt das Problem darin, dass als Beitragspflichtige die Eigentümer (und ggf. Erbbauberechtigten) der Grundstücke herangezogen werden, obgleich die beitragspflichtigen Vorteile der Leistung im Innovationsbereich unmittelbar den Einzelhandels- und Dienstleistungsgewerbetreibenden im Gebiet zufallen; die Inanspruchnahme der Grundstückseigentümer liegt jedoch im Rahmen der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, weil nach dem Entwurf den Eigentümern der einbezogenen Grundstücke typischerweise eine gegenüber der Allgemeinheit bevorzugte Möglichkeit geboten wird, Nutzen aus den Leistungen des Innovationsbereichs zu ziehen (dazu Teil 2, B. II. 2.).

(6.) Grundrechtliche Bedenken gegen den Entwurf bestehen weder im Hinblick auf das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmungsrecht der Grundstückseigentümer noch im Hinblick auf den Schutz des Aufgabenträgers vor Ablehnung seines Antrags oder vor späterem Entzug seiner Aufgabe. Auch der Gleichheitssatz ist im Hinblick auf Grund und Bemessungskriterien der Abgabe nicht verletzt. Allerdings erscheint eine ergänzende Sicherung des Verwendungszwecks der Daten geboten, auf die sich der Auskunftsanspruch des § 3 Abs. 4 bezieht (dazu Teil 2, B. II. 3.).

(7.) Weder die dem Aufgabenträger (Aufwendungsersatz für seinen eigenen Anteil an der Aufgabenerledigung) noch den quartiersansässigen Gewerbetreibenden bzw. Eigentümern (Aussicht auf Umsatzsteigerung, Wertzuwachs) entstehenden „Vorteile“ unterliegen beihilferechtlichen Bedenken. Beide „Vorteile“ stellen nämlich keine Begünstigung im Sinne des Beihilferechts dar, weil ihnen eine Gegenleistung entspricht (dazu Teil 2, B. III. 1.).

(8.) Die „Beauftragung“ des Aufgabenträgers durch die Freie und Hansestadt Hamburg unterliegt nicht dem Vergaberecht, weil es mit der Funktion des Vergaberechts und mit dem Charakter der Innovationsbereiche nicht vereinbar ist, den Vertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und dem Aufgabenträger als „öffentlichen Auftrag“ im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB zu qualifizieren (dazu Teil 2, B. III. 2.).

Bielefeld, den 4. Sept. 2004

Frankfurt, den 2.9.2004

gez.

(Prof. Dr. Joh. Hellermann)

gez.

(Prof. Dr. Georg Hermes)

Anhang: Gesetz zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren (Referentenentwurf, Stand: 17. Febr. 2004)

§ 1 Grundsatz

Mit diesem Gesetz wird angestrebt, die Versorgung der Bevölkerung zu verbessern und gewachsene urbane Einzelhandels- und Dienstleistungszentren zu stärken und zu entwickeln. Zu diesem Zweck wird die Möglichkeit geschaffen, auf Antrag Bereiche zur Stärkung der Innovation von Einzelhandels- und Dienstleistungszentren (Innovationsbereiche) festzulegen, in denen in eigener Organisation und Finanzverantwortung Maßnahmen zur Verbesserung der Situation von Einzelhandels- und Dienstleistungsbetrieben ergriffen werden können.

§ 2 Ziele und Aufgaben

- (1) Ziel eines Innovationsbereichs ist es, die Attraktivität eines Einzelhandels- und Dienstleistungszentrums für Kunden und Besucher zu erhöhen und die Rahmenbedingungen für die in diesem Bereich niedergelassenen Einzelhandels- und Dienstleistungsbetriebe zu verbessern, um die jeweiligen Standorte zu stärken.
- (2) Aufgabe eines Innovationsbereichs ist es, Maßnahmen selbst zu ergreifen oder anzuregen, die geeignet sind, die in Absatz 1 genannten Ziele zu verwirklichen. Hierzu können insbesondere
 - Konzepte für die Entwicklung des Zentrums ausgearbeitet,
 - Dienstleistungen erbracht,
 - in Abstimmung mit den jeweiligen Berechtigten Bauarbeiten durchgeführt,
 - Grundstücke bewirtschaftet,
 - gemeinschaftliche Werbemaßnahmen durchgeführt,
 - Veranstaltungen organisiert,
 - mit öffentlichen Stellen oder mit ansässigen Betrieben Vereinbarungen über die Durchführung von Maßnahmen getroffen und
 - Stellungnahmen in förmlichen oder nicht förmlichen Anhörungsverfahren abgegeben werden.

- (3) Die konkreten Ziele und Maßnahmen werden für jeden Innovationsbereich in einem Maßnahmen- und Finanzierungskonzept festgelegt.

§ 3 Aufgabenträger

- (1) Ein Innovationsbereich hat keine eigene Rechtspersönlichkeit. Seine Aufgaben werden von einem Aufgabenträger wahrgenommen. Aufgabenträger kann jede Person sein, die im Bereich des Innovationsbereichs ihren Sitz hat oder deren Gesellschaftsanteile mehrheitlich von Personen gehalten werden, die im Innovationsbereich ihren Sitz oder eine Niederlassung haben.
- (2) Der Aufgabenträger muss finanziell ausreichend leistungsfähig sein, um unter Berücksichtigung der nach den Vorschriften dieses Gesetzes zu erwartenden Einnahmen seine Aufgaben ordnungsgemäß erfüllen zu können.
- (3) Der Aufgabenträger kann die Wahrnehmung dieser Aufgaben Dritten übertragen.
- (4) Der Aufgabenträger hat Anspruch darauf, dass ihm die Gesamthöhe des Grundsteueraufkommens im vorgesehenen Bereich und die bekannten Anschriften der Grundstückseigentümer bzw. Erbbauberechtigten mitgeteilt werden.

§ 4 Antragstellung

- (1) Zur Antragstellung ist ein Aufgabenträger berechtigt, wenn er die Zustimmung von 15 % der Grundstückseigentümer von im Innovationsbereich belegenen Grundstücken mit Ausnahme der Verkehrs-, Gewässer- und öffentlichen Grünflächen nachweisen kann, die zugleich Eigentümer von mindestens 15 % der nach Einheitswerten gewichteten Grundstücksflächen sind. Grundstückseigentümer im Sinne des Gesetzes sind die Erbbauberechtigten, soweit das Grundstück mit einem Erbbaurecht belastet ist.
- (2) Mit der Antragstellung sind neben einer Darstellung der Gebietsabgrenzung das Maßnahmen- und Finanzierungskonzept für die geplante Geltungsdauer vorzulegen. Die Antragsunterlagen sind zugleich im Internet allgemein zugänglich zu machen.
- (3) Die Anhörungsbehörde führt nach Eingang der vollständigen Antragsunterlagen ein Anhörungsverfahren durch. Für das Anhörungsverfahren gelten die Vorschriften der §§ 3 und 4 des Baugesetzbuchs in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. August 1997 (BGBl. I Seite 2141) zuletzt geändert am [zu aktualisieren] entsprechend mit der

Maßgabe, dass die vollständigen Antragsunterlagen öffentlich auszulegen sind und die Internetadresse nach Absatz 2 Satz 2 öffentlich bekannt zu machen ist. Die Grundstückseigentümer, deren Person und Aufenthalt bekannt sind, sollen auf Veranlassung der Anhörungsbehörde von der Auslegung benachrichtigt werden. Der Benachrichtigung ist eine Abschrift dieses Gesetzes beizufügen.

- (4) Widersprechen mehr als 30 % der Grundstückseigentümer im Sinne des Absatz 1 der Einrichtung eines Innovationsbereichs und werden diese Einsprüche im Rahmen des Anhörungsverfahrens nicht zurückgenommen oder auf andere Weise erledigt, ist der Antrag von der Anhörungsbehörde abzulehnen. Der Antrag kann von der Anhörungsbehörde abgelehnt werden, wenn das Maßnahmen- und Finanzierungskonzept zur Verwirklichung der Grundsätze nach § 1 und der Ziele nach § 2 nicht geeignet ist, öffentliche Belange oder Rechte Dritter beeinträchtigen oder die Abgabepflichtigen unverhältnismäßig belasten würde.

§ 5 Einrichtung

- (1) Der Senat kann auf Antrag eines Aufgabenträgers durch Rechtsverordnung Bereiche zur Stärkung der Innovation von Einzelhandels- und Dienstleistungszentren einrichten, wenn der Aufgabenträger sich in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag verpflichtet hat, die sich aus diesem Gesetz und dem Maßnahmen- und Finanzierungskonzept ergebenden Verpflichtungen, Ziele und Aufgaben umzusetzen.
- (2) In der Rechtsverordnung sind neben der Gebietsabgrenzung die Ziele und Maßnahmen des Innovationsbereichs (§ 2) und der Hebesatz (§ 7) festzulegen.

§ 6 Umsetzung und Überwachung

- (1) Der Aufgabenträger setzt das Maßnahmen- und Finanzierungskonzept um. Hierzu stellt er im 3. Quartal jedes Kalenderjahres einen Maßnahmen- und Wirtschaftsplan für das Folgejahr auf und macht diesen Plan im Amtlichen Anzeiger der Freien und Hansestadt Hamburg sowie unter einer mindestens den Beitragspflichtigen zugänglichen Internetadresse bekannt. Bei der Aufstellung des Plans sind die betroffenen Grundstückseigentümer, Freiberufler und Gewerbebetreibenden des Innovationsbereichs in geeigneter Weise zu beteiligen.
- (2) Weicht ein Maßnahmen- und Wirtschaftsplan von den Vorgaben des mit der

Antragstellung bekannt gemachten Maßnahmen- und Finanzierungskonzepts ab, ist in der Bekanntmachung darauf hinzuweisen, dass die beitragspflichtigen Grundstückseigentümer berechtigt sind, diesem Wirtschaftsplan zu widersprechen. Widersprechen mehr als 30 % der Grundstückseigentümer im Sinne von § 4 Absatz 1, ist der Maßnahmen- und Wirtschaftsplan an das Maßnahmen- und Finanzierungskonzept anzupassen.

- (3) Die Handelskammer Hamburg überwacht die ordnungsgemäße Geschäftsführung des Aufgabenträgers. Hilft der Aufgabenträger begründeten Beanstandungen nicht ab, kann die Aufsichtsbehörde auf Antrag der Handelskammer den Aufgabenträger abberufen und den öffentlich-rechtlichen Vertrag kündigen. In diesem Fall ist die Handelskammer verpflichtet, die Aufgaben des Innovationsbereichs bis zur Bestellung eines neuen Aufgabenträgers oder bis zur Aufhebung der Verordnung nach § 5 wahrzunehmen.

§ 7 Abgabenerhebung

- (1) Zum Ausgleich des wirtschaftlichen Vorteils, der durch die Einrichtung und die Maßnahmen des Innovationsbereichs entsteht, werden Abgaben von den Grundstückseigentümern der im Innovationsbereich belegenen Grundstücke erhoben, durch die der entstehende Aufwand gedeckt wird. Der Hebesatz ist in einem bestimmten Verhältnis zur Höhe der für das jeweilige Grundstück anfallenden Grundsteuer anzugeben, darf jedoch ... vom Hundert der jeweiligen Grundsteuer nicht überschreiten.
- (2) Soweit Grundstückseigentümer nicht zur Grundsteuer veranlagt werden, ist der Berechnung der Abgabenhöhe nach Absatz 1 statt der Grundsteuer das Produkt aus dem Mittelwert des im Innovationsbereich je m² Grundstücksfläche der veranlagten Grundstücke erzielten Grundsteueraufkommens und der Fläche des nicht veranlagten Grundstücks zugrunde zu legen.
- (3) Gehört ein Grundstück zu mehreren Innovationsbereichen, entsteht die Abgabepflicht in jedem Innovationsbereich nur in der dem jeweiligen Grundstücksanteil entsprechenden Höhe.
- (4) Die Abgaben nach Absatz 1 und die sich darauf beziehenden Zinsen und Auslagen ruhen auf im Innovationsbereich belegenen Grundstücken als öffentliche Last und, solange das Grundstück mit einem Erbbaurecht belastet ist, auch auf diesem.
- (5) Die Abgabe wird mit der Grundsteuer vom zuständigen Finanzamt erhoben. Mit Ausnahme einer Erhebungspauschale in Höhe von ...%, die bei der FHH verbleibt, steht

das Abgabenaufkommen dem jeweiligen Aufgabenträger zu. Der Aufgabenträger verwaltet die Einnahmen aus dem Abgabenaufkommen treuhänderisch und abgesondert von seinen eigenen Mitteln.

- (6) Das zuständige Finanzamt kann Grundstückseigentümer von der Abgabepflicht befreien, wenn eine bauliche Nutzung des Grundstücks nicht möglich ist oder wenn die Heranziehung zu den Abgaben vor dem Hintergrund der tatsächlichen Grundstücksnutzung als unzumutbare Härte angesehen werden muss.

§ 8 Laufzeit

- (1) Eine Verordnung nach § 5 tritt mit dem Ende der in ihr vorgesehenen Laufzeit, spätestens jedoch 8 Jahre nach Verkündung der Verordnung außer Kraft.
- (2) Mit der Geltungsdauer der Verordnung endet das Recht zur Abgabenerhebung.
- (3) Die Verlängerung ist unter denselben Voraussetzungen wie die Neueinrichtung möglich.

§ 9 Außerkrafttreten

Dieses Gesetz tritt acht Jahre nach seinem Inkrafttreten, frühestens aber mit der letzten auf § 5 gestützten Rechtsverordnung außer Kraft.

Begründung

I. Vorbemerkung

Ausgangspunkt

Hamburg hat eine historisch gewachsene, stark polyzentrisch ausgeprägte Stadtstruktur. Neben der City als Kern der Metropole sind zahlreiche Bezirks- und Stadtteilzentren durch ihr reichhaltiges und gut erreichbares Angebot von Handel und Dienstleistungsbetrieben von großer Bedeutung für die Versorgung der Bevölkerung. Sie sind darüber hinaus unverzichtbare Kristallisationspunkte urbanen Lebens. In vielen Zentren haben sich lokale Initiativen der Gewerbetreibenden gebildet, die sich zum Ziel gesetzt haben, die Qualität der jeweiligen Bereiche durch unterschiedliche Maßnahmen zu steigern. Die Erfahrungen der letzten Jahre haben dabei gezeigt, dass sich die organisatorischen und finanziellen Lasten freiwilliger lokaler Initiativen häufig nur auf wenige Schultern verteilen. Dies begünstigt

Trittbrettfahrer und verhindert eine effektive Selbstorganisation. Im Vergleich zu professionell verwalteten Einkaufszentren (Shopping Malls), in denen sich zahlreiche Einzelhandels- und Dienstleistungsbetriebe unter einem Dach und unter der zentralen Organisation eines Center Managements zusammenfinden, gelingt es den freiwilligen Zusammenschlüssen nur unzureichend, Maßnahmen mit anhaltenden Erfolgen zu entwickeln, umzusetzen und zu finanzieren. Hieraus entsteht ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen großen Shopping Malls und gewachsenen Zentrumsanlagen.

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.

Grundsätze

Folgende Anforderungen und Prinzipien liegen dem Gesetzentwurf zu Grunde:

- Die Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren liegt im öffentlichen Interesse.
- Die Quartiersverbesserung muss aus dem Quartier selbst initiiert werden.
- Der Aufwand für Selbstorganisation muss minimiert werden.
- Die Vorteile, die den Grundstückseigentümern aus den Fördermaßnahmen entstehen, rechtfertigen die Erhebung von Abgaben.
- Den lokalen Initiativen soll organisatorisch und inhaltlich ein weiter Handlungsspielraum eröffnet werden.
- Die Durchführung der Maßnahmen wird einem Aufgabenträger übertragen.
- Die Geschäftsführung des Aufgabenträgers ist transparent.
- Minderheitsbelange werden geschützt, ohne dass Blockadepositionen ermöglicht werden.
- Hoheitliche Befugnisse sollen dem Aufgabenträger nicht übertragen werden.

- Die Laufzeit der Maßnahmen ist zeitlich begrenzt.

II. Inhalt des Gesetzentwurfs

Im Interesse der Versorgung der Bevölkerung können Bereiche zur Stärkung der Innovation von Einzelhandels- und Dienstleistungszentren (Innovationsbereiche) eingerichtet werden.

Verfahren zur Einrichtung eines Innovationsbereichs

Die Einrichtung eines Innovationsbereichs erfolgt in den nachstehenden beispielhaft dargestellten Verfahrensschritten:

1. Initialphase, z.B.

- Bildung einer lokalen Initiative durch Grundstückseigentümer, Einzelhändler, Dienstleister und Freiberufler
- Erarbeitung eines Maßnahmen- und Finanzierungskonzeptes (Entwurf)

2. Konkretisierungsphase, z.B.

- Vorabstimmung mit den zuständigen Behörden
- erste Öffentlichkeitsbeteiligung

3. Entscheidungsphase, z.B.

- Einholung der Zustimmung der Grundstückseigentümer
- Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags mit dem Aufgabenträger
- Festlegung eines Innovationsbereichs durch Rechtsverordnung

Durchführung / Umsetzungsphase

Nach Festlegung des Innovationsbereichs ist es Sache des Aufgabenträgers, sein Maßnahmen- und Finanzierungskonzept umzusetzen. Insbesondere können in Abhängigkeit vom konkreten Konzept

- Konzepte für die Entwicklung des Zentrums ausgearbeitet (z.B. Imagekampagnen, Planungs- und Bau- sowie Beleuchtungskonzepte),
- Dienstleistungen angeboten (z.B. Besucherbetreuung, Wachdienst, Obdachlosenhilfe),

- in Abstimmung mit den jeweiligen Berechtigten Bauarbeiten durchgeführt (z.B. Überdachungen, Möblierungen im öffentlichen Raum),
- Grundstücke bewirtschaftet (z.B. Zwischennutzungen),
- gemeinschaftliche Werbemaßnahmen durchgeführt (z.B. Standortmarketing),
- Veranstaltungen organisiert (z.B. Weihnachtsmarkt),
- mit öffentlichen Stellen Vereinbarungen über die Durchführung von Maßnahmen getroffen (z.B. über Auswahl, Aufstellung und Unterhalt von Straßenmöblierungen oder Anpflanzungen)
- Vereinbarungen über Vorgehensweisen und Maßnahmen mit den Einzelhandels- und Dienstleistungsbetrieben oder Grundstückseigentümern getroffen (z.B. über Belieferungsmanagement; Anbringung von Werbe- oder Maklertafeln) und
- Stellungnahmen in förmlichen oder nicht förmlichen Anhörungsverfahren abgegeben werden.

Finanzierung:

Die Maßnahmen im Innovationsbereich werden durch Abgaben finanziert, die von den Finanzämtern zugleich mit der Grundsteuer bei den Grundstückseigentümern erhoben werden. In Abhängigkeit von den jeweiligen Mietverträgen können die se Abgaben den Mietern weiterbelastet werden. Das Abgabenaufkommen steht mit Ausnahme einer Erhebungspauschale, die Hamburg verbleibt, dem Aufgabenträger zu.

Da die Finanzierung nur für die Laufzeit gesichert ist, kann die Durchführung von Maßnahmen, die Folgekosten nach dem Ende der Laufzeit verursachen, nur dann Gegenstand des Maßnahme- und Finanzierungskonzepts sein, wenn entweder die Tragung der Folgekosten durch Vereinbarung mit den Berechtigten sichergestellt ist oder vom Aufgabenträger die Verpflichtung übernommen wird, die entsprechende Einrichtung nach Ende der Laufzeit zu beseitigen.

Aufsicht

Der Aufgabenträger unterliegt hinsichtlich seiner Geschäftsführung der Aufsicht durch die Handelskammer Hamburg. Diese prüft auch die Mittelverwendung. Es bleibt der zuständigen Aufsichtsbehörde vorbehalten, Konsequenzen aus etwaigen Verstößen zu ziehen.

Gesetzgebungskompetenz

Die vorgeschlagenen Regelungen dienen der Wirtschaftsförderung und betreffen ausschließlich Gegenstände des Rechts der Wirtschaft, für die eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes und der Länder im Sinne des Artikels 74 Absatz 1 Nr.11 GG besteht. Der Bund hat vergleichbare Regelungen bislang nicht erlassen. Damit ist die Freie und Hansestadt Hamburg zur Gesetzgebung befugt.

Verwaltungsaufwand

Der Verwaltungsaufwand, der durch das Zulassungsverfahren entsteht, wird durch Gebühren abgedeckt. Die entsprechende Gebührenordnung wird auf der Grundlage des Gebührengesetzes erlassen werden. Die Handelskammer ist auf Grund von § 4 des Gesetzes zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern (IHKG) vom 18. Dezember 1956 (Bundesgesetzblatt III 701 - 1), zuletzt geändert am 14. November 2001 (Bundesgesetzblatt I Seiten 2992, 2995), ermächtigt, eine eigene Gebührenordnung zu erlassen, in der Gebühren zur Abdeckung ihres Prüfaufwandes festgesetzt werden können.

III. Zu den einzelnen Vorschriften:

Zu § 1

Die Vorschrift macht deutlich, dass die Stärkung und Revitalisierung gewachsener Einzelhandels- und Dienstleistungszentren im öffentlichen Interesse liegt.

Zu § 2

Die Vorschrift konkretisiert die Ziele und Handlungsmöglichkeiten. Die Vorschrift befreit nicht von bestehenden Erlaubnis- oder Genehmigungserfordernissen.

Zu § 3

Dem Aufgabenträger kommt die zentrale Funktion sowohl in der Vorbereitungs- als auch in der Umsetzungsphase zu. Von seinen fachlichen und kommunikativen Fähigkeiten hängt der

Erfolg der Maßnahmen ab. Er kann Verein, Personen- oder Kapitalgesellschaft, aber auch eine natürliche Person sein, muss aber eine hinreichende finanzielle Leistungsfähigkeit darlegen. Um die Anknüpfung an das Quartier sicherzustellen, muss er örtlich mit dem Bereich verbunden sein.

Zu § 4

Die Antragstellung setzt ein qualifiziertes Maßnahmen- und Finanzierungskonzept sowie eine schlüssige Gebietsabgrenzung voraus. Sie muss von einer signifikanten Gruppe der betroffenen Eigentümer mitgetragen werden. Das Quorum muss dabei sowohl bei der Anzahl der Grundstücke als bei den nach Einheitswerten gewichteten Grundstücksflächen überschritten sein. Dies gilt auch dann, wenn in anderen Vorschriften auf diese Bestimmung Bezug genommen wird.

Nach Antragstellung findet ein öffentliches Beteiligungsverfahren mit Bekanntmachung und öffentlicher Auslegung in Anlehnung an die Bestimmungen des Baugesetzbuchs statt.

Lassen sich die Einwendungen einer qualifizierten Minderheit nicht ausräumen, muss der Antrag abgelehnt werden. Der Antrag kann auch abgelehnt werden, wenn dem Vorhaben, wie es sich nach dem Maßnahmen- und Finanzierungskonzept darstellt, andere relevante private oder öffentliche Belange entgegenstehen. Dies können insbesondere städtebauliche und strukturpolitische Gründe, aber auch die individuellen Rechte Betroffener oder Dritter sein.

Zu § 5

Die Festlegung des Innovationsbereichs erfolgt durch Rechtsverordnung des Senats. Sie kann nur erfolgen, wenn zuvor ein öffentlich-rechtlicher Vertrag mit dem Aufgabenträger abgeschlossen ist, der auch die Regelung sonstiger Fragen wie beispielsweise des Wegebaus oder der Wahrnehmung und Ablösung künftiger Unterhaltungslasten enthalten kann.

Zu § 6

Neben der grundsätzlichen Pflicht des Aufgabenträgers, die Maßnahmen auch umzusetzen, regelt die Vorschrift ein Verfahren, das im Rahmen des vorgegebenen Maßnahmen- und Finanzierungskonzepts eine gewisse Flexibilität ermöglicht. Auch hier hat eine qualifizierte Minderheit der Grundstückseigentümer die Möglichkeit, Abweichungen vom ursprünglichen

Konzept zu verhindern. Dies ist erforderlich, um „böse Überraschungen“ zu vermeiden.

In Absatz 3 wird der Handelskammer die Aufgabe der Überwachung der Geschäftsführung übertragen. Die zuständige Behörde muss erforderlichenfalls den Aufgabenträger abberufen.

Zu § 7

Da ein Innovationsbereich im öffentlichen Interesse (vgl. § 1) eingerichtet wird und den angeschlossenen Grundstückseigentümern Sondervorteile verschafft, kann der entstehende Aufwand durch Abgaben gedeckt werden. Das Abgabenaufkommen mit Ausnahme der Erhebungspauschale steht dem Aufgabenträger zu. Dadurch ist sichergestellt, dass die Abgabe auch der Höhe nach dem abstrakten Vorteil der begünstigten Grundstückseigentümer entspricht. Grundsätzlich sind alle baulich nutzbaren Grundstücke der Abgabepflicht unterworfen. Die Anknüpfung der Abgabenhöhe an die Grundsteuer bietet einen sinnvollen Maßstab für einen gerechten Verteilungsmaßstab, da bei der Berechnung der Grundsteuerhebesätze die bauliche Nutzung berücksichtigt wird. Soweit eine Grundsteuerpflicht – wie bei öffentlich genutzten Grundstücken – nicht besteht, wird durch die Regelung in Absatz 2 ein Abgabepflicht in vergleichbarer Höhe sichergestellt. Eine Befreiungsmöglichkeit ist für Grundstücke vorgesehen, angesichts deren tatsächlicher baulicher Nutzung (beispielsweise durch eine Umspannstation oder ein Heizwerk) die Abgabenerhebung unverhältnismäßig wäre. Die Tatsache, dass ein bebaubares Grundstück nicht bebaut ist, stellt für sich genommen keinen Befreiungstatbestand dar.

Zu § 8

Die Einrichtung eines Innovationsbereichs rechtfertigt sich nur, wenn und solange es seinen Zweck erfüllt. Daher ist seine Festsetzung auf den für die Maßnahmen voraussichtlich erforderlichen Zeitraum zu begrenzen. Dabei ist es möglich und erwünscht, dass eine erneute Festsetzung auf der Basis eines neuen Maßnahmen- und Finanzierungskonzepts erfolgt. Die befristete Einrichtung fördert die Initiative des Aufgabenträgers, denn die Erneuerung des Innovationsbereichs wird nur beschlossen werden, wenn seine Geschäftsführung eine hohe Akzeptanz bei den betroffenen Grundstückseigentümern erzielt.

Zu § 9

Da das Gesetz zunächst die Erprobung von Innovationsbereichen zur Stärkung von Einzelhandels- und Dienstleistungszentren erstrebt, ist es in seiner Geltungsdauer befristet.