

Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht

1 Bf 149/09
9 K 2094/06

Urteil

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht, 1. Senat, durch die Richter sowie die ehrenamtliche Richterin und den ehrenamtlichen Richter am 27. August 2010 für Recht erkannt:

Tatbestand

Die Klägerin wendet sich gegen eine Abgabe für die Aufwendungen des Aufgabenträgers für den Innovationsbereich Neuer Wall.

Die Klägerin war zum Zeitpunkt des Erlasses des Festsetzungsbescheids vom 5. Oktober 2005 und des Widerspruchbescheids vom 26. Mai 2006 Eigentümerin des von ihr veräußerten Grundstücks Neuer Wall. Die neue Eigentümerin ist am 16. Juli 2007 in das Grundbuch eingetragen worden. Gemäß § 7 Gesetz zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren vom 28. Dezember 2004 (HmbGVBl. S.525) in der vor dem Änderungsgesetz vom 27. November 2007 (HmbGVBl. S. 405) geltenden Fassung - GSED – werden zum Ausgleich des Vorteils, der durch die Einrichtung und die Maßnahmen des Innovationsbereichs entsteht, von der Erhebungsbehörde Abgaben bei den Grundstückseigentümern der im Innovationsbereich gelegenen Grundstücke erhoben, durch die der entstehende Aufwand einschließlich eines angemessenen Gewinns für den Aufgabenträger gedeckt wird. Die Höhe der Abgabe errechnet sich als Produkt aus dem Hebesatz und dem nach den Vorschriften des Bewertungsgesetzes in der Fassung vom 1. Februar 1991 (BGBl. I S. 231) festgestellten Einheitswert des jeweiligen Grundstücks.

§ 2 der Verordnung zur Einrichtung des Innovationsbereichs Neuer Wall vom 27. September 2005 (HmbGVBl. S. 406) – InnBerNWWallV- bestimmt das Ziel des Innovationsbereichs dahin, das Quartier Neuer Wall in der Hamburger City als Einzelhandels- und Dienstleistungszentrum zu stärken und zu entwickeln. Dafür ist vorgesehen, (a) das Erscheinungsbild des öffentlichen Raums durch umfangreiche Umbaumaßnahmen den exklusiven Läden und den hohen Ansprüchen der Lage anzupassen, (b) einen großzügigen und barrierefreien Flanierraum zu schaffen, (c) öffentliche Parkplätze den Kunden zur Verfügung zu stellen, (d) einen umfassenden Service in Bezug auf Sauberkeit, Sicherheit und Parkraum einzurichten, (e) die Aufenthaltsqualität und das Wohlbefinden der Kunden durch eine höherwertige Gestaltung und eine neue Möblierung zu steigern, (f) die fußläufigen Wegebeziehungen im gesamten Neuen Wall zu betonen und (g) ein einheitliches und wirksames Marketingkonzept zu entwickeln. Gemäß § 3 InnBerNWWallV ist die Beige-

ladene der Aufgabenträger. Nach § 4 Abs. 1 GSED hat ein Innovationsbereich keine eigene Rechtspersönlichkeit. Seine Aufgaben werden von einem Aufgabenträger wahrgenommen. Aufgabenträger kann jede Person sein, die Mitglied der Handelskammer Hamburg ist oder sich freiwillig der Aufsicht durch die Handelskammer Hamburg unterwirft (§ 4 Abs. 1 Satz 2 GSED). § 3 GSED ermächtigt den Senat, auf Antrag eines Aufgabenträgers durch Rechtsverordnung Bereiche zur Stärkung der Innovation von Einzelhandels- und Dienstleistungszentren einzurichten, wenn sich der Aufgabenträger in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag verpflichtet hat, die sich aus diesem Gesetz und dem Maßnahmen- und Finanzierungskonzept ergebenden Verpflichtungen, Ziele und Aufgaben umzusetzen. Nach § 5 Abs. 1 GSED ist der Aufgabenträger zur Antragstellung berechtigt, wenn er die Zustimmung der Eigentümer von 15 % der Anzahl der im Innovationsbereich gelegenen Grundstücke nachweisen kann, deren vom Innovationsbereich erfasste Fläche zugleich mindestens 15 % der Gesamtgrundstücksfläche beträgt. Widersprechen die Eigentümer von mehr als einem Drittel der im Innovationsbereich gelegenen Grundstücke oder der Grundstücksflächen der Einrichtung eines Innovationsbereichs, ist der Antrag gemäß § 5 Abs. 8 GSED von der Aufsichtsbehörde abzulehnen.

2004 konstituierte sich ein Lenkungsausschuss, der von dem Trägerverbund Projekt Innenstadt e.V getragen wird und sich aus Vertretern des Grundeigentümervers Neuer Wall und der Interessengemeinschaft Neuer Wall zusammensetzt. An den Sitzungen nahmen u.a. Vertreter der Handelskammer Hamburg sowie der Behörden teil. Die Lenkungsgruppe entwickelte verschiedene Maßnahmen zur Verbesserung der Geschäftslage Neuer Wall einschließlich einer Schätzung der Baukosten mit Hilfe der Fa. WES & Partner. Im März 2005 wurde bei 4 Bauunternehmen und einem Ingenieurbüro angefragt, ob Interesse bestehe, die Aufgaben des Vorhabenträgers zu übernehmen. Mit der Beigeladenen und einem Ingenieurbüro wurden Verhandlungen aufgenommen. Am 5. Juli 2005 wählte der Lenkungsausschuss die Beigeladene für die Aufgaben des Aufgabenträgers aus.

Die Beigeladene beantragte am 14. Juli 2005, den Innovationsbereich Neuer Wall mit einer Geltungsdauer von 5 Jahren einzurichten. Das Bezirksamt Hamburg-Mitte legte den Antrag mit dem Maßnahmen- und Finanzierungskonzept für die Zeit vom 15. August bis 15. September 2005 aus (Amtl. Anz. vom 5.8.2005 S. 1422) und informierte die Grundeigentümer. Mit dem öffentlich-rechtlichen Vertrag vom 23. September 2005 vereinbarten

die Beklagte und die Beigeladene die Einrichtung des Innovationsbereichs gemäß dem Lageplan und dem Maßnahme- sowie dem Finanzierungskonzept vom 21. September 2005. Das Maßnahmen- und Finanzierungskonzept sieht für die Konzepterstellung, Marketing, Kommunikation und Administration ein Budget von 1.118.000 Euro, für die Leistungen der Servicegesellschaft, u.a. Sicherheitsmanagement, Reinigungsarbeiten, Grünanlagenpflege und Organisation des Parkraums, 1.405.600 Euro, die Baumaßnahmen und Baunebenkosten inkl. Finanzierung 3.207.293 Euro, eine Reserve für Bau, Service und Unvorhergesehenes von 266.107 Euro und damit insgesamt Kosten von 5.996.000 Euro vor. Gemäß § 8 des Vertrages werden die Mittel für die von dem Aufgabenträger durchzuführenden Aufgaben von dem Aufgabenträger aufgebracht, der dazu das ihm zustehende und von der Beklagten zu erhebende und an ihn bis auf eine Verwaltungskostenpauschale von 20.000 Euro weiterzuleitende Abgabenaufkommen verwendet. Über das Abgabenaufkommen hinaus stellt die Beklagte dem Aufgabenträger, der Beigeladenen, keine Mittel zur Verfügung. Ferner schloss die Beklagte am 27. September 2005 mit dem Vorhabenträger einen Wegebauvertrag über die Durchführung der Wegebaumaßnahmen im Innovationsbereich ab, der gemäß seines § 2 Abs. 1 die Neuordnung der Fahrbahn- und Gehwegfläche, die Neugestaltung der Beleuchtung sowie ggf. weitere begleitende Baumaßnahmen umfasst und zur Mitwirkung der Grundeigentümer eine aus Vertretern der Beklagten, der Beigeladenen und des Lenkungskreises zusammengesetzte Arbeitsgruppe sowie Zustimmungserfordernisse der Beklagten vorsieht. Mit den Aufgaben der Servicegesellschaft (Districtmanagement) beauftragte die Beigeladene am 18. Oktober 2006 die GmbH.

Zur Festsetzung des Hebesatzes dividierte die Beklagte die Kosten des Maßnahmen- und Finanzierungskonzepts von 5.996.000 Euro durch die in DM ausgedrückte Summe der Einheitswerte der im Innovationsbereich belegenen Grundstücke von 139.554.900 DM. Mit § 4 InnBerINWallV setzte sie den Hebesatz zunächst auf 0,04296517 DM fest. Diesen Hebesatz multiplizierte sie zur Festsetzung der Abgabe der Klägerin mit dem in DM ausgedrückten Einheitswert ihres Grundstückes von 4.154.100 DM. Mit Bescheid vom 5. Oktober 2005 setzte sie die Innovationsabgabe auf 178.481,61 Euro fest und bestimmte, dass die Innovationsabgabe in 5 Jahresraten je 35.697, 61 Euro zu entrichten sei. Mit ihrem dagegen gerichteten Widerspruch hat die Klägerin vorgetragen: Der öffentlich-rechtliche Vertrag über die Umsetzung des Innovationsbereichs Neuer Wall sei unzuläs-

sig, da in Abgabenangelegenheiten keine Verträge geschlossen werden dürften. Außerdem handele es sich um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter, dem sie, die Klägerin, nicht zugestimmt habe. Ebenso genüge der Vertrag nicht den Anforderungen an Austauschverträge nach § 56 HmbVwVfG, weil es an einer vertraglichen Leistung der Behörde fehle, die sich von der Finanzierung der Innovationsmaßnahmen freizeichne. Auch sei das erforderliche Vergabeverfahren nicht durchgeführt worden. Der Sache nach handele es sich bei der Abgabe um eine Steuer. Die Abgabe erfülle nicht die strengen Anforderungen an zulässige Sonderabgaben. Weder belaste die Abgabe mit den Grundeigentümern eine homogene Gruppe, noch würden die Gelder gruppennützig verwendet. Vielmehr betreibe die Mehrzahl der Einzelhändler und Dienstleister am Neuen Wall ihr Gewerbe in gemieteten Räumen. Ihr, der Klägerin, Objekt sei wegen seiner ungünstigen Lage am Graskeller nur schwer zu vermieten. Als Steuer sei die Abgabe unzulässig, da dem Landesgesetzgeber die erforderliche Gesetzgebungskompetenz fehle. Mit der Grundsteuer und der Gewerbesteuer habe der Bund für den Steuergegenstand des Grundbesitzes abschließend von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht. Auch genüge § 7 GSED nicht den für Steuergesetze geltenden Bestimmtheitsanforderungen. Des Weiteren seien die Antragsunterlagen zumindest nicht vollständig ausgelegt worden, da der öffentlich-rechtliche Vertrag vom 23. September 2005 erst nach Ablauf der Auslegungsfrist abgeschlossen worden sei.

Mit Widerspruchsbescheid vom 26. Mai 2006 wies die Beklagte den Widerspruch zurück: Ihre Gesetzgebungskompetenz ergebe sich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft). Es handele sich um eine zulässige Maßnahme zur Förderung der Wirtschaft. Die Abgabe sei keine Steuer. Sie genüge den an Sonderabgaben zu stellenden besonderen Anforderungen. Das Verfahren nach dem GSED sei eingehalten worden. Im Übrigen liege kein Verstoß gegen das Vergaberecht vor. Sie, die Beklagte, habe sich mit dem Vertrag mit der Beigeladenen keine Leistung beschafft. Vielmehr gehe es nur um die Unterstützung der privaten Selbstorganisation bei der Erfüllung einer im Gemeinwohlinteresse liegenden Aufgabe. Die Höhe der Abgabe habe sie zutreffend ermittelt.

Mit ihrer am 27. Juni 2006 eingegangenen Klage hat die Klägerin sich auf ihre Widerspruchsbegründung bezogen.

Die Klägerin hat beantragt,

den Festsetzungsbescheid der Beklagten vom 5. Oktober 2005 und den Widerspruchsbescheid vom 26. Mai 2006 aufzuheben

und

die Hinzuziehung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin im Widerspruchsverfahren für notwendig zu erklären.

Die Beklagte hat den Antrag gestellt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat ihre Bescheide verteidigt.

Das Verwaltungsgericht hat die Bescheide mit aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 3. März 2009 ergangenen Urteil aufgehoben und die Zuziehung des Bevollmächtigten im Vorverfahren für notwendig erklärt: § 4 InnNeuerWallIV sei rechtswidrig, da die Verordnung den Hebesatz nicht entsprechend der maßgeblichen Regelung in § 7 Abs. 1 Satz 3 GSED i.V.m. § 30 BewG, neu gefasst durch Gesetz zur Umrechnung und Glättung steuerlicher Euro-Beträge vom 19. Dezember 2000 (BGBl. I S. 1790) in Euro ausgedrückt habe. Im Übrigen bestünden weitere Bedenken gegen die Abgabenerhebung.

Nachdem das Bundesverwaltungsgericht mit Hinweis vom 22. September 2009 in dem den Innovationsbereich Sachsentor in Hamburg-Bergedorf betreffenden Verfahren der Sprungrevision (9 C 11.08, VG Hamburg 13 K 3305/06) darauf hingewiesen hatte, dass der Hebesatz voraussichtlich nicht in DM ausgedrückt werden dürfe und die Beklagte daraufhin den Kläger jenes Verfahrens klaglos gestellt hatte, stellte die Zweite Änderungsverordnung zur Einrichtung des Innovationsbereichs Neuer Wall vom 5. Mai 2009 (HmbGVBl. S.122) mit Wirkung vom 1. Oktober 2005 den Hebesatz auf 0,08403260 Euro um.

Die Beklagte trägt zur Begründung ihrer mit Beschluss des Senats vom 20. April 2010 zugelassenen Berufung mit am 7. Mai 2010 eingegangenem Schriftsatz vor: Die Kammer 13 des Verwaltungsgerichts habe mit Urteil vom 17. September 2008 – 13 K 3305/06 -

zutreffend entschieden, dass gegen die Bestimmungen zur Errichtung des Innovationsbereichs und die Erhebung der Abgabe keine Bedenken bestünden. Die Vorschriften des GSED verstießen auch nicht gegen das europäische Vergaberecht. Es fehle an dem gemäß den §§ 99, 100 GWB für einen entgeltlichen Vertrag erforderlichen Beschaffungszweck. Dieser Beschaffungscharakter sei nur gegeben, wenn der öffentliche Auftraggeber zur Deckung seines Bedarfs an den Märkten teilnehme. Mit der Zweiten Verordnung zur Änderung der Verordnung zur Errichtung des Innovationsbereichs Neuer Wall habe der Verordnungsgeber den Hebesatz mit Rückwirkung auf den 1. Oktober 2005 auf einen Euro-Betrag umstellen können. Die Klägerin habe nicht schützenswert darauf vertrauen können, die Leistungen des Innovationsbereichs auf Dauer ohne Gegenleistung zu bekommen.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 3. März 2009 die Klage abzuweisen.

Die Klägerin stellt den Antrag,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das Urteil. Für sie führe die Änderungsverordnung vom 5. Mai 2009 zu einer unzulässigen echten Rückwirkung. Denn zum Zeitpunkt der Verkündung der Änderungsverordnung sei der durch die Nichtigkeit der ersten Verordnung zur Einrichtung des Innovationsbereichs Neuer Wall bedingte Wertzuwachs, nämlich die Beitragsfreiheit des von ihr verkauften Grundstücks Neuer Wall, bereits eingetreten und abgeschlossen gewesen. Der der Abgabenerhebung zugrundeliegende Vertrag über die Bestellung des Vorhabenträgers vom 23. September 2005 sei nach § 56 Abs. 1 HmbVwVfG unzulässig, weil den umfangreichen Leistungen des Vorhabenträgers keine Leistung der Beklagten gegenüber stehe. Diese habe lediglich die Einziehung der Abgaben von den Grundeigentümern übernommen.

Die Beigeladene beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 3. März 2009 die Klage abzuweisen.

Die Beigeladene trägt vor, sie habe die Servicegesellschaft beauftragen dürfen, ohne dafür ein Vergabeverfahren durchzuführen. Die mit der Änderung des § 4 InnBNWAllV herbeigeführte Rechtmäßigkeit der Abgabenerhebung wirke auf den Zeitpunkt des Erlasses des gegen die Klägerin gerichteten Festsetzungsbescheides zurück. Da sich insoweit bei den Betroffenen kein schutzwürdiges Vertrauen habe bilden können, sei diese Rückwirkung zulässig. Wegen dieser rückwirkenden Heilung sei ohne Bedeutung, dass die Klägerin ihr Grundstück nach ihrer Veranlagung veräußert habe. Auch die übrigen von dem Verwaltungsgericht aufgeworfenen Bedenken griffen nicht durch. – Einen nennenswerten Teil ihres Budgets werde sie voraussichtlich nicht in Anspruch nehmen und deshalb nach § 8 Abs. 4 Satz 1 GSED erstatten.

Wegen der Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze und die Sachakten verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

Entscheidungsgründe

I.

Die Berufung hat Erfolg. Das Urteil des Verwaltungsgerichts ist abzuändern und die Klage abzuweisen. Die Beklagte hat die Klägerin zu Recht zu einer Innovationsabgabe in Höhe von 178.481,46 Euro, zahlbar in 5 Jahresraten herangezogen. Der Festsetzungsbescheid vom 5. Oktober 2005 und der Widerspruchsbescheid vom 26. Mai 2006 sind rechtmäßig. Die nach § 7 GSED erhobene Abgabe beruht auf einer ausreichenden Legitimationsgrundlage (dazu unter A). Die Abgabe ist auch nicht aus finanzverfassungsrechtlichen Gründen zu beanstanden (dazu unter B). Der Landesgesetzgeber verfügt auch über die für den Erlass des GSED erforderliche Gesetzgebungskompetenz (dazu unter C). Der Erhebung der Abgabe steht Europarecht nicht entgegen (dazu unter D). Der Vertrag über die Umsetzung des Innovationsbereichs Neuer Wall verletzt die gesetzlichen Anforderungen an öffentlich-rechtliche Austauschverträge nicht (E). Der Abgabenbescheid ist auch nicht deshalb rechtswidrig, weil die Beklagte den Hebesatz erst nach der Veräußerung des Grundstücks der Klägerin von einem DM- in einen Eurobetrag umgestellt hat (dazu

unter F). Die Beklagte hat die Abgabe verfahrensfehlerfrei festgesetzt und zutreffend berechnet (dazu unter G).

A.

Die nach § 7 Gesetz zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren vom 25. Dezember 2004 (HmbGVBl. S. 525) - GSED - erhobene Abgabe beruht auf einer ausreichenden Legitimationsgrundlage.

1. Das Demokratiegebot des Art. 20 Abs. 2 GG verlangt im Bereich der unmittelbaren Staatsgewalt und der gemeindlichen Selbstverwaltung grundsätzlich eine lückenlose personelle demokratische Legitimation aller Entscheidungsbefugten und eine ausreichende sachlich inhaltliche Legitimation. Notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau. Die Bestellung der Amtsträger muss sich auf das Staatsvolk zurückführen lassen und die Amtsträger haben im Auftrag und nach Auftrag der Regierung zu handeln und die Regierung damit in die Lage zu versetzen, die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament zu übernehmen (BVerfG, Beschl. vom 5.12.2002, BVerfGE 107, 59 /87-88/). Im Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung oder anders ausgedrückt im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung hat das Bundesverfassungsgericht die Ausgliederung staatlicher Aufgaben aus der unmittelbaren staatlichen Verwaltung vielfach gebilligt (BVerfG, Beschl. v. 5.12.2002, a.a.O, S. 89-91 m.w.Nachw.). Außerhalb der unmittelbaren Staatsgewalt und der gemeindlichen Selbstverwaltung ist das Demokratiegebot für andere Formen der Organisation und Ausübung von Staatsgewalt offen, die insbesondere vom Erfordernis lückenloser personeller demokratischer Legitimation aller Entscheidungsbefugten abweichen. Insoweit erlaubt das Grundgesetz auch besondere Formen der Beteiligung von Betroffenen bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben.

Diesen Anforderungen genügt das GSED.

a. Zwar reicht allein nicht aus, dass gemäß § 7 Abs. 1 GSED die Erhebungsbehörde die Abgabe erhebt, die ihrerseits den Weisungen des Senats unterliegt und deren Amtswalter (Bedienstete) über eine ausreichende demokratische Legitimationskette verfügen. Denn

auf die Höhe des entstehenden Aufwands und des angemessenen Gewinns des Aufgabenträgers, den die Abgabe decken soll (§ 7 Abs. 1 Satz 1 GSED), hat der Aufgabenträger wesentlichen Einfluss. Ein Innovationsbereich kann gemäß § 5 GSED nur auf Antrag eines Privaten, nämlich des Aufgabenträgers, eingerichtet werden, der das Maßnahmen- und Finanzierungskonzept für die geplante Geltungsdauer vorlegt (§ 5 Abs. 3 GSED) und dieses umsetzt (§§ 3 Abs. 1, 6 Abs. 1 GSED). Mit Ausnahme eines Pauschalbetrags für den Verwaltungsaufwand steht diesem und nicht der Beklagten das Abgabenaufkommen zu (§ 8 GSED). Die Einrichtung eines Innovationsbereichs beruht auf privaten Initiativen von Grundstückseigentümern, die Interesse an einer Verbesserung der wirtschaftlichen Ertragsmöglichkeiten ihrer Grundstücke und der Betriebe im Innovationsbereich haben und sich einen Aufgabenträger suchen, der den Antrag auf Einrichtung eines Innovationsbereichs stellt. Aufgabe eines Innovationsbereichs ist es, Maßnahmen zu ergreifen oder anzuregen, die die Attraktivität eines urbanen Einzelhandels- und Dienstleistungszentrums für Kunden, Besucher und Bewohner erhöhen und die Rahmenbedingungen für die in diesem Bereich niedergelassenen Einzelhandels- und Dienstleistungsbetriebe verbessern, um die jeweiligen Standorte zu stärken (§§ 1, 2 Abs. 1 u. 2 GSED). Der Staat begleitet diese Initiativen und setzt sein Instrument hoheitlicher Abgabenerhebung ein, um sogenannte „Trittbettfahrer“ an den Kosten zu beteiligen, die nicht bereit sind, sich auf freiwilliger Grundlage an der Finanzierung der Innovationsmaßnahmen zu beteiligen. Das Hamburger Modell der „Business Improvement Districts“, BIDs, stellt ein neuartiges aus Kanada und den Vereinigten Staaten stammendes (vgl. Lackner, UPR 2009, 321; Martini, DÖV 2008, 10) Konzept dar. Es dient dazu, mit Hilfe privater Initiativen zur Förderung der Wirtschaft und zur Verbesserung der Versorgung der Bevölkerung mit Waren und Dienstleistungen gewachsene urbane Einzelhandels- und Dienstleistungszentren zu stärken und zu entwickeln (§ 1 Satz 1 GSED).

Der Aufgabenträger ist kein Verwaltungshelfer, da der Staat dazu seine Tätigkeit nicht ausreichend selbst lenkt. Auch gehört der Aufgabenträger nicht zu den beliehenen Unternehmern, die – anders als der Aufgabenträger – hoheitliche Befugnisse ausüben. Ebenfalls entspricht seine Stellung nicht der von Beiräten und anderen institutionalisierten Beteiligungsgremien und Organen. Ebenso wenig lässt sich der Innovationsbereich, der keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt (§ 4 Abs. 1 GSED), den herkömmlichen Organisa-

tionsformen der mittelbaren Staatsverwaltung (insbesondere Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts) zuordnen.

a.a. Das Bundesverfassungsgericht (Beschl. vom 5.12.2002, a.a.O. S. 93) hat vor allem für die überkommenen Bereiche der mittelbaren Staatsverwaltung die Freiräume funktionaler Selbstverwaltung betont. Zu diesen zählt die Partnerschaft von öffentlicher Hand und Privaten im Bereich der Business Improvement Districts allerdings nicht. Das Modell der Einrichtung von Innovationsbereichen und der Betrauung eines privaten Aufgabenträgers widmet sich keinem Aufgabenbereich, bei dem die Erledigung durch Organisationseinheiten der Selbstverwaltung historisch überkommen ist und sich traditionell bewährt hat. Auch sieht das GSED für die Stärkung der gewachsenen Einzelhandels- und Dienstleistungszentren keine Partizipation der Betroffenen im Wege einer demokratischen Selbstverwaltung durch Wahlen und Selbstverwaltungsorgane vor. Jedoch steht das Demokratiegebot auch außerhalb dieser traditionellen Bereiche und den herkömmlichen Instrumenten mittelbarer Staatsverwaltung neuen Formen der Aufgabenerfüllung nicht grundsätzlich entgegen. Auf Grund seines Prinzipiencharakters ist Art. 20 Abs. 2 GG entwicklungs offen (BVerfG, a.a.O. S.91).

Die Aufgaben eines BID sind nicht zwingend unmittelbar vom Staat zu erledigen, da es sich nicht um einen der unmittelbaren Staatsverwaltung vorbehaltenen Aufgabenbereich handelt. Es geht insbesondere nicht um herkömmliche Aufgaben der staatlichen Daseinsvorsorge (a.A. Hecker, Business Improvement Districts in Deutschland, 2010, S. 82). Vielmehr handelt es bei den in § 2 Abs. 2 GSED vorgegebenen Aufgabenkatalog zu einem großen Teil um Maßnahmen, wie die gemeinschaftliche Durchführung von Werbemaßnahmen, die Organisation von Veranstaltungen, die Erarbeitung von Konzepten für die Entwicklung des Zentrums, die Erbringung von Dienstleistungen und die Finanzierung und Durchführung von Baumaßnahmen in Abstimmung mit den jeweils Berechtigten, die schon bisher Privatpersonen und Zusammenschlüssen Privater, wie z.B. Werbegemeinschaften, im eigenen wirtschaftlichen Interesse verfolgten. Werden allerdings darüber hinaus auch – wie hier – eine öffentliche Straße umgebaut und die „Straßenmöblierung“ neu gestaltet, so werden damit Aufgaben wahrgenommen, die herkömmlicher Weise die Beklagte selbst erledigt.

a.b. Gleichwohl sind diese Maßnahmen dem der unmittelbaren Staatsverwaltung vorbehaltenen Bereich staatlicher Pflichtaufgaben nicht zuzuordnen, für die die Spielräume der mittelbaren Staatsverwaltung nicht bestehen. Denn es handelt sich um Maßnahmen, die der Staat zwar im öffentlichen Interesse an einer Stärkung der gewachsenen Einzelhandels- und Dienstleistungszentren durch die Einrichtung eines Innovationsbereichs unterstützt, die er aber nicht ergreifen würde, wenn sie nicht von Privaten angestoßen und von den betroffenen Grundeigentümern vollständig finanziert würden.

a.c. Das Demokratieprinzip und das Rechtsstaatsprinzip setzen insoweit auch in den der mittelbaren Staatsverwaltung geöffneten Sachbereichen Grenzen für die Einbeziehung Privater. Diese Begrenzungen sind enger gezogen, als die der Gestaltungsfreiräume, die für die Übertragung von Sitzungsgewalt an demokratische Selbstverwaltungskörperschaften in den Bereichen der mittelbaren Staatsverwaltung gelten. Diese – engeren – Grenzen hat der Gesetzgeber des GSED aber nicht überschritten:

b. Die im Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung geminderten Anforderungen an die ununterbrochene personelle demokratische Legitimation der Entscheidungsträger und die inhaltlich-sachliche Legitimation erfüllt das GSED. Das Legitimationsniveau reicht insgesamt aus, um die hoheitliche Abgabenerhebung zu rechtfertigen. Das GSED bietet eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Abgabenerhebung.

b.a. Zum einen handelt es sich nur um einen eng abgegrenzten Bereich der Partnerschaft zwischen privaten Interessen und öffentlicher Hand. Insbesondere bleibt das öffentliche Eigentum an dem öffentlichen Weg nach § 4 HWG erhalten und ändert sich nichts daran, dass die Beklagte die Wegebaulast nach § 12 HWG trägt. Zum anderen wird für den abgegrenzten Bereich des Straßenumbaus und der Straßenmöblierung die Entscheidung über die Ausgestaltung der Straße nicht dem Aufgabenträger übertragen. Vielmehr bleibt der staatliche Einfluss bestehen. Der Aufgabenträger benötigt die für den Umbau der Straße erforderlichen wegerechtlichen und sonstigen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen und Erlaubnisse. Die Erteilung dieser Genehmigungen und Erlaubnisse wird nicht „privatisiert“. Eigene Hoheitsbefugnisse erhält der Aufgabenträger nicht. Vielmehr bleibt er nach § 2 Abs. 2 Nr. 7 GSED darauf angewiesen, mit den öffentlichen Stellen Vereinbarungen über die Durchführung der Maßnahmen zu treffen. Die Behörde muss keine Ver-

einbarung über eine Ausgestaltung von Maßnahmen abschließen, die sie nicht will. Dem entspricht, dass die Beklagte die Einzelheiten der Umbaumaßnahmen im Neuen Wall in dem Wegebauvertrag vom 27. September 2005 mit dem Aufgabenträger geregelt und der Lenkungskreis seine Vorstellungen zur Neugestaltung der Straße mit der Beklagten und insbesondere deren Oberbaudirektor abgestimmt hat und diese abgestimmten Vorstellungen von dem Vorhabenträger, der Beigeladenen, umzusetzen waren.

b.b. Zum anderen ist das Erfordernis einer genügenden personellen demokratischen Legitimationskette und einer ausreichenden Steuerungsmöglichkeit für den parlamentarisch verantwortlichen Senat erfüllt.

(1) Nicht allein die Bestellung der Bediensteten der Erhebungsbehörde kann auf den von der Bürgerschaft gewählten Senat zurückgeführt werden. Auch der Aufgabenträger kann seine Aufgaben nur erfüllen, wenn er sich in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag verpflichtet hat, die sich aus dem GSED und dem Maßnahmen- und Finanzierungskonzept ergebenden Verpflichtungen, Ziele und Aufgaben umzusetzen (§ 3 Abs. 1 GSED). Dieser mit der Beklagten abzuschließende Vertrag sowie die Rechtsverordnung, die den Aufgabenträger festlegt und die durchzuführenden Innovationsmaßnahmen bestimmt (§ 3 Abs. 2 GSED), binden den Aufgabenträger in die Legitimationskette ein. Da das Gesetz den Staat ermächtigen kann, Hoheitsbefugnisse auf Beliehene und damit Personen des Privatrechts zu übertragen, kann es dem Gesetzgeber erst recht nicht verwehrt sein, den Verordnungsgeber und die Verwaltung zu ermächtigen, einen Aufgabenträger ohne Übertragung unmittelbarer Hoheitsrechte in die Maßnahmen zur Stärkung und Entwicklung eines Innovationsbereichs einzubinden.

(2) Diese Legitimationskette lockert allerdings, dass nicht die Beklagte, sondern gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 GSED die Handelskammer die ordnungsgemäße Geschäftsführung des Aufgabenträgers beaufsichtigt (skeptisch deshalb Schultz/Köller, ZfBR 2007, 649). Erst wenn der Aufgabenträger den begründeten Beanstandungen nicht abhilft, kann die Aufsichtsbehörde auf Antrag der Handelskammer den Aufgabenträger abberufen und den öffentlich-rechtlichen Vertrag mit ihm kündigen (§ 6 Abs. 3 Satz 2 GSED). Die Handelskammer ist eine der funktionalen Selbstverwaltung dienende Körperschaft des öffentlichen Rechts, die gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 Gesetz über die vorläufige Regelung der

Rechtsverhältnisse der Handelskammer Hamburg vom 27. Februar 1956 (HamBl I 70 a.) und § 11 Abs. 1 IHK-G lediglich der Rechtsaufsicht und nicht der Fachaufsicht der Beklagten unterliegt.

Insofern erscheint zweifelhaft, ob die Handelskammer, wie es in der Begründung zu § 5 GSED heißt (BüDrs. 18/960), bei der Beaufsichtigung des Aufgabenträgers lediglich als Verwaltungshelfer der Beklagten und damit weisungsabhängig tätig wird. Anscheinend ist der Gesetzgeber bei dieser Konstruktion davon ausgegangen, dass die Aufsichtsbehörde gegenüber der Handelskammer ein Weisungsrecht nach § 15 Abs. 1 Satz 4 des genannten Hamburger Handelskammergesetzes hat, soweit die Handelskammer staatliche Aufgaben als Auftragsangelegenheiten wahrnimmt. Es ist schwierig zu beurteilen, ob diese landesrechtlich begründete Weisungsbefugnis der Beklagten bei der Erledigung von Auftragsangelegenheiten mit der bundesrechtlichen Begrenzung auf eine Rechtsaufsicht über die Industrie- und Handelskammern in § 11 Abs. 1 IHK-G vereinbar ist oder, weil diesem Gesetz widersprechend, nach § 11 Abs. 3 IHK-G aufgehoben wurde. Auch leuchtet nicht ein, dass die Handelskammer lediglich als Verwaltungshelfer und damit weisungsgebunden tätig werden soll, obgleich die Aufsichtsbehörde den Aufgabenträger nach § 6 Abs. 3 Satz 2 GSED nur auf Antrag der Handelskammer abberufen kann.

Die Frage nach dem Umfang der Aufsicht der Beklagten über die Handelskammer bei der Beaufsichtigung des Vorhabenträgers kann aber offenbleiben. Denn bei der gebotenen Gesamtwürdigung reicht das Legitimationsniveau auch dann aus, wenn die Handelskammer bei der Beaufsichtigung des Vorhabenträgers lediglich der Rechtsaufsicht der Beklagten und nicht auch ihrer Fachaufsicht unterliegen sollte. Jedenfalls unterwirft das Gesetz den Aufgabenträger einer hoheitlichen Aufsicht über seine ordnungsgemäße Geschäftsführung und damit auch darauf, ob er die gemäß § 3 Abs. 2 GSED durch Rechtsverordnung festgelegten konkreten Ziele und Maßnahmen des Innovationsbereichs verwirklicht. Maßgeblich ist, dass das Gesetz damit für eine Kontrolle des Aufgabenträgers sorgt. Die Frage, ob die Handelskammer dem Aufgabenträger zu nahe stehen könnte, weil sie vielfach beratend in die Planungen zur Aufstellung eines Innovationsbereichs eingebunden sein wird (vgl. BüDrs. 18/960 S.2 – im vorliegenden Fall war sie beratendes Mitglied des Lenkungsausschusses), und sie deshalb die Aufsicht nicht ausreichend wahrnehmen

könnte, fällt in den Bereich rechtspolitischer Zweckmäßigkeitseinschätzung. Der Gesetzgeber durfte die Handelskammer für geeignet einschätzen, die Aufsicht durchzuführen.

(3) Dem Senat bleiben ausreichende Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten, um seiner parlamentarischen Verantwortlichkeit gerecht werden zu können. Er kann nicht nur über das Instrument des mit dem Vorhabenträger gemäß § 3 Abs. 1 GSED abzuschließenden Vertrages und die erforderlichen Genehmigungen sowie die Rechtsverordnung nach § 3 Abs. 2 GSED Einfluss auf das Maßnahmen- und Finanzierungskonzept und damit die Innovationsmaßnahmen nehmen. Er kann auch aus Gründen seiner politisch zu verantwortenden Einschätzung des Nutzens oder Schadens eines „Business Improvement District“ entscheiden, ob er von der Einrichtung eines BID absieht, obgleich die gesetzlichen Voraussetzungen für die Einrichtung eines Innovationsbereichs erfüllt sind. Der Aufgabenträger und die Grundeigentümer haben gegenüber der Beklagten kein Recht auf Einrichtung eines Innovationsbereichs.

Allerdings stellt der Wortlaut des § 5 Abs. 5 GSED die Ablehnung des Antrages des Vorhabenträgers auf Einrichtung eines Innovationsbereichs nicht in das Ermessen der Aufsichtsbehörde (vgl. Schuppert, Gutachten zum Wohnquartier-Attraktivitätssteigerungsgesetz, <http://www.hamburg.de/contentblob/129012/data/rechtsgutachten.pdf>, S.76). Gemäß § 5 Abs. 5 GSED hat die Aufsichtsbehörde den Antrag auf Einrichtung eines Innovationsbereichs abzulehnen, wenn der Aufgabenträger die an ihn gestellten Anforderungen nicht erfüllt, oder wenn das Maßnahmen- und Finanzierungskonzept nicht geeignet ist, die Grundsätze und Zielsetzungen nach den §§ 1, 2 GSED zu verwirklichen oder es öffentliche Belange beeinträchtigen oder die Abgabepflichtigen unverhältnismäßig belasten würde. Nach der Gesetzesbegründung (BüDrs. 18/960 S. 3) soll kein Ermessen bestehen. § 5 Abs. 5 GSED stellt aber nicht lediglich einen Erlaubnisvorbehalt für ein nicht bestehendes subjektives Recht auf eine Umgestaltung einer öffentlichen Straße auf mit der Folge, dass der Senat auch einen aus politischen Gründen etwa der sozialen Stadtgestaltung „ungeliebten“ Innovationsbereich einrichten müsste. Auch wenn die weiteren Anforderungen nach § 5 Abs. 6 GSED (Auslegungsverfahren) erfüllt sind und nicht mehr als ein Drittel der Grundeigentümer nach § 5 Abs. 8 GSED der Einrichtung des Innovationsbereichs widersprechen, ist der Senat nicht verpflichtet, anschließend von der Ermächtigung des § 3 GSED Gebrauch zu machen und den Innovationsbereich im Wege

einer Rechtsverordnung nach § 3 GSED festzulegen. Vielmehr soll die Bindung der Aufsichtsbehörde an die Ablehnungsgründe des § 5 Abs. 5 GSED lediglich sicherstellen, dass die Beklagte insbesondere zu Lasten der abgabepflichtigen Grundeigentümer nicht aus politischen Gründen den Antrag auf Einrichtung eines Innovationsbereichs genehmigt, obwohl die Genehmigungsvoraussetzungen nicht vollständig erfüllt sind.

Diesen aus Gründen der parlamentarischen Verantwortung des Senats erforderlichen Spielraum politischer Steuerung und Verantwortung erkennt das GSED dadurch an, dass § 3 Abs 1 GSED den Senat nach seinem Wortlaut lediglich ermächtigt und nicht etwa verpflichtet, eine Verordnung zur Festlegung eines Innovationsbereichs zu erlassen. Mit diesem Rechtsetzungsermessen des Senats wäre es nicht vereinbar, aus § 5 Abs. 5 GSED eine Verpflichtung zum Erlass einer solchen Rechtsverordnung abzuleiten. Dem entspricht, dass der Innovationsbereich und der Aufgabenträger darauf angewiesen sind, dass nach § 2 Abs. 2 Nr. 7 GSED Vereinbarungen mit den öffentlichen Stellen über die Durchführung der Maßnahmen getroffen werden. Der von dem GSED angestrebten Partnerschaft zwischen der Stadt und den privaten Interessen (vgl. BüDrs. 18/960 S. 1) widerspricht es, wenn die Initiatoren eines Innovationsbereichs bzw. der für sie handelnde Aufgabenträger ihre Vorstellungen über den Umbau des im Innovationsbereich verlaufenden öffentlichen Weges und die übrigen Innovationsmaßnahmen gegen den Willen der Beklagten durchsetzen könnten.

Angesichts dieser Sachlage kann offen bleiben, ob bereits die Prüfung der Beeinträchtigung öffentlicher Belange nach § 5 Abs. 5 GSED es der Behörde erlaubt, die öffentlichen Interessen steuernd einzubringen und einen Antrag eines Vorhabenträgers auf Einrichtung eines Innovationsbereichs bereits vor der Durchführung des Auslegungsverfahrens abzulehnen.

b.c. Auch die inhaltlich-sachliche Legitimation genügt den Anforderungen, die sich aus dem Demokratieprinzip und dem Rechtsstaatsgrundsatz an die gesetzliche Ermächtigunggrundlage (Vorbehalt des Gesetzes) ergeben.

Der Aufgabenträger unterliegt den Bindungen des von ihm mit der Verwaltung geschlossenen öffentlich-rechtlichen Vertrages. Gemäß § 3 Abs. 1 GSED hat er die sich aus dem

vorgelegten Maßnahmen- und Finanzierungskonzept und dem GSED ergebenden Verpflichtungen umzusetzen (§ 3 Abs. 1 GSED). Dieses Maßnahmen- und Finanzierungskonzept legt nach § 2 Abs. 3 GSED die konkreten Ziele und Maßnahmen für den jeweiligen Innovationsbereich fest. Insoweit überzeugen die Bedenken von Schutz/Köllner (ZfBR 2007, 649) nicht, der Aufgabenträger könne von dem Finanz- und Maßnahmenplan abweichen und deshalb fehle es an der Bestimmung der zulässigen Mittel. Weicht ein Maßnahmen- und Wirtschaftsplan von dem mit der Antragstellung vorgelegten Maßnahmen- und Finanzierungskonzept nicht nur unerheblich ab, so können dem ein Drittel der Grundeigentümer widersprechen und kann der Senat der Beklagten seine Zustimmung zu der Abweichung versagen mit der Folge, dass der Plan an das Maßnahmen- und Finanzierungskonzept anzupassen ist (§ 6 Abs. 2 GSED). Auch insoweit begrenzt das Gesetz den Freiraum des Aufgabenträgers und des Innovationsbereichs. § 1 und § 2 Abs. 1 GSED geben die oben beschriebenen Ziele vor und § 2 Abs. 2 GSED beschreibt mit Hilfe von Regelbeispielen die für die Zielerreichung einzusetzenden Instrumentarien, d.h. die Innovationsmaßnahmen. Diese wiederum konkretisiert die Rechtsverordnung nach § 2 Abs. 2 GSED, die neben der Gebietsabgrenzung die Ziele und Maßnahmen des Innovationsbereichs, den Aufgabenträger und den Hebesatz (§ 7 Abs. 1 GSED) festlegt.

Die Höhe dieses Hebesatzes gibt das Gesetz ausreichend vor. Der Hebesatz bemisst sich nach dem entstehenden Aufwand einschließlich eines angemessenen Gewinns für den Aufgabenträger (§ 7 Abs. 1 Satz 1 GSED). Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 3 GSED entspricht der Hebesatz dem Quotienten aus dem berücksichtigungsfähigen Aufwand und der Summe der Einheitswerte der die Beitragspflicht begründenden Grundstücke. Er darf 10 % davon nicht überschreiten. Damit genügt die gesetzliche Grundlage auch den aus Gründen des Rechtsstaatsprinzips an die Bestimmtheit der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für eine Abgabenerhebung zu stellenden Anforderungen.

b.d. Der Gesetzgeber hat auch ausreichende verfahrensrechtliche Vorkehrungen getroffen, um die Interessen der abgabepflichtigen Grundeigentümer zu schützen.

(1) Das GSED hat eine Organisationsform gefunden, die es den betroffenen Grundeigentümern ermöglicht, im Rahmen des Gesetzes und mit Hilfe eines Vorhabenträgers ihre Vorstellungen von der Aufwertung ihrer Geschäftslage zu entwickeln und umzusetzen.

Damit kann der Grundgedanke des Modells der „Business Improvement Districts“ der Idee des sich selbst bestimmenden Menschen in einer freiheitlichen Ordnung (vgl. BVerfG, a.a.O. S. 92) zugeordnet werden. Allerdings hat der Gesetzgeber – wie bereits erwähnt – keine Form demokratischer Selbstverwaltungsorganisation gewählt. Wählt der parlamentarische Gesetzgeber für bestimmte Aufgaben die Organisationsform der Selbstverwaltung, so darf er keine Ausgestaltung vorschreiben, die mit dem Grundgedanken autonomer interessengerechter Selbstverwaltung einerseits und effektiver öffentlicher Aufgabenwahrnehmung andererseits unvereinbar wäre. Deshalb, so das Bundesverfassungsgericht (BVerfG, Beschl. v. 5.12.2002, BVerfGE 107,59/93 m.w.Nachw.), 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. Insoweit ist der Gesetzgeber aber nicht gezwungen, die herkömmlichen Instrumentarien der Selbstverwaltung einzusetzen, um den erforderlichen Schutz der abgabepflichtigen Grundeigentümer zu gewährleisten. Das Gesetz kann auch andersartige Schutzinstrumentarien entwickeln, sofern diese ein ausreichendes Schutzniveau für die Grundeigentümer sicherstellen. Die für Selbstverwaltungsorganisationen entwickelten Anforderungen an den Schutz der Betroffenen gelten erst recht für die Innovationsbereiche, die über keine demokratisch im Wege von Wahlen der betroffenen Grundeigentümer gestaltete Selbstverwaltungsstrukturen verfügen.

Hingegen muss der Gesetzgeber aus rechtlichen Gründen keine Vorkehrungen schaffen, die die Interessen der Mieter und Pächter und damit aller Gewerbetreibender und Dienstleister im Innovationsbereich einbinden (vgl. dazu Hecker, Business Improvement Districts in Deutschland, S. 110). Denn die Abgabe wird nicht von diesen, sondern von den Grundeigentümern erhoben. Die Interessen der betroffenen Grundeigentümer hat der Gesetzgeber ausreichend gesichert:

Zunächst hat der Aufgabenträger gemäß § 5 Abs. 1 GSED zur Stellung eines Antrags auf Einrichtung eines Innovationsbereiches die Zustimmung von 15 % der Eigentümer der im Innovationsbereich gelegenen Grundstücke und der Grundstücksflächen im Innovationsbereich nachzuweisen. Sodann hat die Aufsichtsbehörde nach § 5 Abs. 5 GSED zu prüfen, ob der Vorhabenträger den an ihn gestellten Anforderungen entspricht, ob das Maß-

nahmen- und Finanzierungskonzept geeignet ist, die Grundsätze nach § 1 und die Zielsetzung nach § 2 zu verwirklichen, ob öffentliche Belange oder Rechte Dritter beeinträchtigt werden oder die Abgabepflichtigen unverhältnismäßig belastet werden. Es schließt sich das Auslegungsverfahren und ggf. einer Erörterungstermin an, in dem die Grundeigentümer Anregungen vorbringen und der Einrichtung des Innovationsbereichs widersprechen können (§ 5 Abs. 6 GSED). Widersprechen ein Drittel der Eigentümer der im Innovationsbereich gelegenen Grundstücke oder die Eigentümer eines Drittels der dortigen Grundstücksflächen und werden diese Einsprüche nicht im Rahmen des Anhörverfahren zurückgenommen und erledigen sie sich auch nicht anderweitig, so ist der Antrag abzulehnen (§ 5 Abs. 8 GSED). Damit können der Aufgabenträger, die ihn unterstützenden Eigentümer und die Aufsichtsbehörde einen Innovationsbereich nicht gegen den Widerstand einer Minderheit des Grundeigentums von einem Drittel einrichten. Das geht über den Schutz der Mitglieder einer beitragspflichtigen Selbstverwaltungskörperschaft hinaus, in der das demokratische Mehrheitsprinzip gilt.

Ferner darf die Beklagte den Innovationsbereich erst durch Rechtsverordnung einrichten, nachdem sich der Aufgabenträger durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag verpflichtet hat, die sich aus dem GSED und dem Maßnahmen- und Finanzierungskonzept ergebenden Verpflichtungen, Ziele und Maßnahmen umzusetzen (§ 3 Abs. 1 GSED) und überwacht – wie erwähnt - die Handelskammer gemäß § 3 Abs. 3 Satz 1 GSED seine ordnungsgemäße Geschäftsführung. Nach § 8 Abs. 3 hat der Aufgabenträger des weiteren die Einnahmen aus dem Abgabenaufkommen gesondert von seinen eigenen Mitteln zu verwalten und treuhänderisch allein für Zwecke des Innovationsbereichs zu verwenden. Diese Zweckbestimmung sichert ab, dass er nicht verwendete Mittel nach dem Außerkrafttreten der Verordnung zu erstatten (§ 8 Abs. 4 GSED) hat. Dem gesetzlichen Schutzkonzept entspricht, dass die Beigeladene gemäß § 9 Abs. 2 des von ihr mit der Beklagten abgeschlossenen Vertrages über die Umsetzung des Innovationsbereichs vom 23. September 2005 eine Schlussabrechnung zu erstellen hat.

(2) Schließlich ist auch der Rechtsschutz der abgabepflichtigen Grundeigentümer ausreichend ausgestaltet.

- 1 - Die Eigentümer können gegen den nicht von dem Aufgabenträger, sondern der Erhebungsbehörde erlassenen Abgabenbescheid Widerspruch einlegen und den Verwaltungsrechtsweg beschreiten. Anders als es das Verwaltungsgericht gemeint hat, scheitert der effektive Rechtsschutz der Grundeigentümer nicht daran, dass das Steuergeheimnis das Gericht daran hindern würde, die Richtigkeit der der Festsetzungsbehörde übermittelten Daten der Einheitswerte der Grundstücke, die der Abgabeberechnung zugrunde zu legen sind, zu überprüfen. Zum einen darf das für die Grundsteuererhebung zuständige Finanzamt kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung gemäß § 7 Abs. 1 Satz 4 GSED i.V.m. § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO der Erhebungsbehörde die Einheitswerte mitteilen. Zum anderen kann das Gericht die Richtigkeit der in die Abgabeberechnung eingestellten Daten über die Einheitswerte überprüfen. Sollten sich – anders als im vorliegenden Falle – Zweifel an der Richtigkeit der von dem für die Grundsteuererhebung zuständigen Finanzamt gemäß § 7 Abs. 4 GSED der Erhebungsbehörde mitgeteilten Einheitswerte ergeben, so kann das Gericht bei dem Finanzamt nachfragen, ob der von der Erhebungsbehörde der Abgabeberechnung zugrunde gelegte Einheitswert zutrifft. Sollten gleichwohl Zweifel verbleiben, die das Gericht nur durch weitere Auskunftersuchen an das Finanzamt oder durch Vorlage der Grundsteuerakte aufklären kann und von denen die Rechtmäßigkeit der Abgabenerhebung abhängt, so liegt ein zwingendes öffentliches Interesse im Sinne des § 30 Abs. 3 Nr. 5 AO vor. Ein solches zwingendes Interesse erlaubt es dem Finanzamt, die maßgeblichen Grundsteuerdaten an das Gericht weiterzugeben (vgl. für die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit BVerwG, Beschl. v. 23.9.1991, GewArch 1992, 22). Insofern kann dahinstehen, ob bereits die gesetzliche Ermächtigung in § 7 Abs. 1 Satz 4 GSED, die erforderlichen Grundsteuerdaten an die Erhebungsbehörde weiterzugeben, bei richtiger Auslegung im Lichte des Art. 19 Abs. 4 GG auch die Ermächtigung beinhaltet, diese Daten dem Gericht zur Verfügung zu stellen, sofern es die Daten zur Überprüfung der Abgabenerhebung benötigt.

- 2 - Schließlich werden die Interessen der abgabepflichtigen Grundeigentümer nicht dadurch unverhältnismäßig beeinträchtigt, dass sich die Höhe der Abgabe gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 GSED nach dem entstehenden Aufwand und nicht der Höhe des tatsächlich entstandenen Aufwands richtet.

Zwar hängt die Abgabenhöhe danach von einer Prognose zu dem erst künftig entstehenden Aufwand ab, die zwangsläufig mit Unsicherheiten behaftet ist. Insbesondere hat das Gericht bei der Überprüfung des durch Verordnung gemäß § 3 Abs. 2 GSED vor der Durchführung der Innovationsmaßnahmen festgelegten Hebesatzes nicht zu überprüfen, ob der Aufgabenträger das Abgabenaufkommen tatsächlich zweckentsprechend verwendet hat. Dem abgabepflichtigen Grundeigentümer steht aber die Möglichkeit offen, den Vorhabenträger auf Auskunft und ggf. Schadensersatz zu verklagen, wenn dieser die Gelder zweckentfremdet oder er sie schuldhaft unwirtschaftlich einsetzt. Denn der Vertrag zwischen der Behörde und dem Aufgabenträger ist typischerweise als ein öffentlich-rechtlicher Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, nämlich der abgabepflichtigen Grundeigentümer ausgestaltet (vgl. Kersten, UPR 2007, 121; Martini, DÖV 2008, 10; Hecker, Business Improvement Districts in Deutschland, S. 114). Diese Vertragsgestaltung ist gemäß § 61 Satz 2 VwVfG auch auf öffentlich-rechtliche Verträge anwendbar. Die abgabepflichtigen Grundeigentümer bilden einen abgegrenzten Personenkreis, der mit den Gefahren einer Schlechtleistung durch den Vorhabenträger eng in Berührung kommt. Auch haben die Vertragsparteien und insbesondere die Beklagte Interesse am Schutz der Abgabepflichtigen. Dies bestätigen deren gesetzlich eingeräumten Anhörungs- und Widerspruchsrechte und hat sich auch in dem von der Beklagten mit der Beigeladenen abgeschlossenen Vertrag vom 23. September 2005 niedergeschlagen. Darin ist u.a. ausdrücklich geregelt, dass den Eigentümern der am Neuen Wall gelegenen Grundstücke ein größtmögliches Mitspracherecht einzuräumen ist und wird u.a. ihre Mitwirkung von einem Lenkungsausschuss sichergestellt.

Insoweit bedarf im vorliegenden Verfahren keiner Entscheidung, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen die Mittel aus dem Abgabenaufkommen, die der Vorhabenträger nicht verwendet hat und die er nach Außerkrafttreten der Verordnung gemäß § 8 Abs. 4 Satz 1 GSED zu erstatten hat, von der Beklagten an die ursprünglich abgabepflichtigen Grundeigentümer auszukehren sind. Da diese Frage nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist, bleibt offen, ob insoweit eine einschränkende Auslegung des § 8 Abs. 4 Satz 2 GSED geboten und möglich ist. Nach dieser Vorschrift sind die Mittel im Fall der Verlängerung der Laufzeit dem neuen Aufgabenträger zu übertragen.

B.

Die Abgabe ist auch nicht aus finanzverfassungsrechtlichen Gründen zu beanstanden.

1. Das Gesetz verfolgt mit der Abgabenerhebung öffentliche Interessen, die eine Abgabenerhebung legitimieren. Entgegen der Auffassung der Klägerin handelt es sich nicht um eine Zahlungspflicht, die ihr im privaten Interesse der Grundeigentümer und Gewerbetreibenden, die die Einrichtung des Innovationsbereichs Neuer Wall befürworten, auf der Grundlage eines unzulässigen Vertrages zu Lasten Dritter auferlegt würde. Es geht dem Gesetzgeber des GSED darum, im Wege der Aktivierung privaten Engagements und privater Ressourcen in Zeiten knapper öffentlicher Mittel die Verfolgung öffentlicher Interessen zu verbessern. Legitimes Ziel der Abgabenerhebung ist es, im öffentlichen Interesse der Wirtschaftsförderung und zur Verbesserung der Versorgung der Bevölkerung die gewachsenen urbanen Einzelhandels- und Dienstleistungszentren für Kunden, Besucher und Bewohner zu stärken und zu entwickeln. Der Gesetzgeber durfte diese öffentlichen Interessen aufgreifen und sie mit den §§ 1, 2 Abs. 1 GSED als gesetzliche Zielsetzung der Einrichtung von Innovationsbereichen und der damit verbundenen Abgabenerhebung vorgeben.

2. Die Innovationsabgabe ist als eine beitragsähnliche Sonderabgabe eigener Art zu qualifizieren.

a. Die Abgabe wird zur Finanzierung des für die Durchführung der Innovationsmaßnahmen entstehenden Aufwands (7 Abs. 1 Satz 1 GSED) und nicht der Verhaltenslenkung erhoben. Gleichwohl stellt die Innovationsabgabe keine hergebrachte Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion dar:

Sonderabgaben im engeren Sinn zeichnen sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Urt. vom 3.2.2009, BVerfGE 122, 316 m.w.Nachw.; Urt. vom 10.12.1980, BVerfGE 55, 274, 308) dadurch aus, dass der Gesetzgeber Kompetenzen außerhalb der Finanzverfassung in Anspruch nimmt, obwohl weder ein Gegenleistungsverhältnis noch ähnlich unterscheidungskräftige besondere Belastungsgründe eine Konkurrenz der Abgabe zur Steuer ausschließen. Sie schaffen trotz ihrer Ähnlichkeit mit

den ebenfalls „voraussetzungslos“ erhobenen Steuern neben diesen und außerhalb der Grundsätze steuergerechter Verteilung der Gemeinlasten zusätzliche Sonderlasten und gefährden in den Fällen organisatorischer Ausgliederung des Abgabenaufkommens und seiner Verwendung aus dem Kreislauf staatlicher Einnahmen und Ausgaben zugleich das Budgetrecht des Parlaments. Wegen dieser Gefährdungen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen sowie des parlamentarischen Budgetrechts unterliegen Sonderabgaben engen Grenzen.

Anders als die Klägerin meint und es für Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion typisch ist, hat die Innovationsabgabe keine Ähnlichkeit mit einer Steuer. Denn sie dient gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 GSED zum Ausgleich des Vorteils, der durch die Einrichtung und die Maßnahmen des Innovationsbereichs entsteht. Damit ist sie nicht „voraussetzungslos“, sondern beitragsähnlich ausgestaltet. Dem entsprechend spricht das Gesetz in § 6 Abs. 2 Satz 1 GSED von den „beitragspflichtigen Grundstückseigentümern“ und geht die Gesetzesbegründung (BüDrS. 18/969 zu § 7) von einem Beitrag aus.

b. Entgegen dieser gesetzlichen Terminologie ist die Innovationsabgabe aber kein Beitrag.

Denn die Abgabe wird zumindest teilweise nicht für die potentielle Inanspruchnahme einer staatlichen Einrichtung oder Leistung erhoben (vgl. BVerfG, Urt. vom 3.2.2009, BVerfGE 122, 316; Urt. vom 6.7.2005, BVerfGE 113, 128, 148; Beschl. v. 31.5.1990, BVerfGE 82, 159, 178). Mit der Innovationsabgabe werden nicht nur bauliche Maßnahmen an öffentlichen Straßen finanziert, die staatliche Einrichtungen bilden. Es handelt sich nicht lediglich um besondere Straßenausbaubeiträge. Die Innovationsabgabe unterscheidet sich von Ausbaubeiträgen, die für die Verbesserung einer Erschließungsanlage erhoben werden, im wesentlichen nicht nur dadurch, dass mit ihr auch Maßnahmen finanziert werden können, für die keine Ausbaubeiträge erhoben werden können. Zu den abgabepflichtigen Innovationsmaßnahmen zählen gemäß § 2 Abs. 2 GSED auch Konzeptentwicklungen, Dienstleistungen, gemeinschaftliche Werbemaßnahmen und Veranstaltungen, die keine staatlichen Einrichtungen oder Leistungen sind. Auch wenn die Innovationsabgabe wie dargelegt im öffentlichen Interesse erhoben wird, dient sie nicht der Finanzierung der Aufgaben des Staates, der Gemeinden oder anderer Hoheitsträger. Vielmehr wird mit ihr in

erster Linie der Aufwand eines Privaten, nämlich des Vorhabenträgers, für Innovationsmaßnahmen finanziert, die die privaten Initiatoren angestoßen haben, und die der Staat nicht durchführen würde, wenn sie nicht privat initiiert und von den Grundeigentümern gesondert finanziert würden. Der maßgebliche Unterschied zum Beitrag liegt darin, dass das Abgabenaufkommen, abgesehen von einer Pauschale zur Deckung der Verwaltungskosten, nicht dem Hoheitsträger zum Ausgleich des Vorteils und zur Abdeckung seiner Kosten, sondern gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 GSED dem Vorhabenträger zusteht. Damit bildet die Innovationsabgabe eine beitragsähnliche Sonderabgabe eigener Art.

3. Ihre Zulässigkeit ergibt sich noch nicht daraus, dass sie wie unter A. dargelegt auf einer ausreichenden demokratischen Legitimationsgrundlage beruht und den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts genügt ist. Die Innovationsabgabe ist wegen ihrer Finanzierungsfunktion auch an den Anforderungen zu messen, die für Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion (Sonderabgaben im engeren Sinn) gelten.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Urt. v. 3.2.2009, BVerfGE 122, 316 m.w.Nachw.) darf sich der Gesetzgeber derartiger Sonderabgaben nur im Rahmen der Verfolgung eines Sachzwecks bedienen, der über die bloße Mittelbeschaffung hinausgeht. Mit einer Sonderabgabe darf nur eine homogene Gruppe belegt werden, die in einer spezifischen Beziehung (Sachnähe) zu dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck steht und der deshalb eine besondere Finanzierungsverantwortung zugerechnet werden kann. Das Abgabenaufkommen muss gruppennützig verwendet werden. Zusätzlich muss der Gesetzgeber im Interesse wirksamer parlamentarisch-demokratischer Legitimation und Kontrolle die erhobenen Sonderabgaben haushaltsrechtlich vollständig dokumentieren. Diesen Anforderungen, die die verhältnismäßige Belastungsgleichheit sichern (vgl. BVerfG, Urt. v. 3.2.2009 a.a.0; BVerfG, Urt. v. 6.7.2005, BVerfGE 113,128), sind gewahrt:

a. Die Sonderabgabe dient einem besonderen Sachzweck. Der Gesetzgeber hat in den § 1 und 2 Abs. 1 GSED den öffentlichen besonderen Sachzweck bestimmt. Legitimes Ziel der Abgabenerhebung ist es, im Interesse der Wirtschaftsförderung und der Verbesserung der Versorgung der Bevölkerung die urbanen Einzelhandels- und Dienstleistungszentren zu stärken und die dafür erforderlichen finanziellen Mittel zu beschaffen.

b. Mit den Eigentümern der im Innovationsbereich gelegenen Grundstücke belegt das GSED eine homogene Gruppe mit der Abgabenlast. An der Homogenität dieser Gruppe abgabepflichtiger Eigentümer ändert nichts, dass auch anderen Gruppen, wie die in gemieteten Geschäftsräumen tätigen Einzelhändler, von den Innovationsmaßnahmen profitieren.

Das Gesetz grenzt den Kreis der abgabepflichtigen Grundeigentümer auch hinreichend von dem Kreis der übrigen Grundeigentümer ab. Die Abgabe wird gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 GSED nur von den im Innovationsbereich gelegenen Grundstücken erhoben. Entgegen den von dem Verwaltungsgericht geäußerten Bedenken gibt das Gesetz bei richtiger Auslegung dem Verordnungsgeber auch einen ausreichend bestimmten Maßstab vor, nach dem die Rechtsverordnung nach § 3 Abs. 2 GSED die Gebietsabgrenzung vorzunehmen hat. Da die Abgabe nach § 7 Abs. 1 Satz 1 GSED von den Grundeigentümern zum Ausgleich des durch die Einrichtung und die Maßnahmen des Innovationsbereichs entstehenden Vorteils erhoben wird, sind in den Innovationsbereich die Grundstücke einzubeziehen, deren Lage der Innovationsbereich verbessert. Abgrenzungskriterium ist der unmittelbare Lagevorteil.

c. Die Grundeigentümer stehen auch in einer besonderen Sachnähe zu der Aufgabe, die ihre Finanzierungsverantwortung begründet. Denn die Stärkung eines urbanen Einzelhandels- und Dienstleistungszentrums erhöht typischer Weise die Ertragskraft und den Wert der dortigen Grundstücke. Sie erlaubt es den Grundeigentümern typischer Weise, aus dieser Stärkung Vorteile zu ziehen und höhere Mieten zu erzielen. Diesen Vorteilen entspricht die Lagegebundenheit der Grundstücke in einem gewachsenen urbanen Einzelhandels- und Dienstleistungszentrum, die eine besondere Verantwortung für ihre Verbesserung und Entwicklung begründet. Soweit ein Grundstück aus besonderen Gründen aus der konkreten Konzeption des Innovationsbereichs keinen Vorteil ziehen kann, hat dies § 7 Abs. 4 GSED ausreichend berücksichtigt (vgl. Bü-Drs. 18/969 zu § 7). Nach dieser Vorschrift kann die Erhebungsbehörde Grundstückseigentümer von der Abgabepflicht befreien, wenn eine bauliche Nutzung des Grundstücks nicht oder nur zu Zwecken des Gemeinbedarfs möglich ist, oder soweit die Heranziehung vor dem Hintergrund der tatsächlichen Grundstücksnutzung eine unverhältnismäßige Härte begründen würde.

d. Auch wird die Abgabe gruppennützig verwendet. Sie steht abgesehen von einer Verwaltungskostenpauschale dem Vorhabenträger zu, der sie für Zwecke des Innovationsbereichs und die von § 2 GSED abstrakt umschriebenen sowie in dem mit ihm abgeschlossenen öffentlich-rechtlichen Vertrag sowie der Rechtsverordnung nach § 3 Abs. 2 GSED konkretisierten Maßnahmen verwenden muss. Diese Maßnahmen kommen den Grundeigentümern zu Gute, da sie die Lage ihrer Grundstücke verbessern sollen.

e. Die Erhebung der Innovationsabgabe wird auch haushaltsrechtlich ausreichend dokumentiert. Denn das Abgabenaufkommen soll zunächst in den staatlichen Haushalt der Beklagten eingestellt werden. Dies ergibt § 8 Abs. 1 GSED, wonach der Pauschalbetrag für den Verwaltungsaufwand bei der Freien und Hansestadt Hamburg „verbleibt“. Die Beklagte zahlt das Aufkommen erst nach der Erhebung der Abgaben auf der Grundlage eines Leistungsbescheids an den Aufgabenträger aus (§ 8 Abs. 2 GSED). Zunächst wird die Abgabe auf einem Einnahmetitel der Finanzbehörde verbucht und geht sie damit haushaltsrechtlich in den Haushalt ein.

3. Die Abgabe verletzt auch nicht deshalb den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, weil sie nur von den Grundeigentümern und nicht auch den Gewerbetreibenden und sonstigen Nutzern des Innovationsbereichs erhoben wird, die ebenfalls von den Innovationsmaßnahmen profitieren können. Zwischen den Grundeigentümern und der Gruppe der Einzelhändler und anderer Gewerbetreibender etc. bestehen Unterschiede von solchem Gewicht, dass dies die Ungleichbehandlung rechtfertigt. An diese Unterschiede durfte der Gesetzgeber des GSED unabhängig davon anknüpfen, ob die Unterschiede zwischen jedem einzelnen Grundeigentümer und jedem einzelnen Mieter bzw. Pächter in einem bestimmten Innovationsgebiet tatsächlich vorliegen. Der Gesetzgeber darf Abgaben auf Grund einer typisierenden Betrachtungsweise einführen und den Kreis der Abgabepflichtigen typisierend bestimmen.

Dem Grundeigentum wohnt ein höheres Maß an Dauer inne, als dies typischerweise bei den lediglich obligatorischen Miet- und Pachtverhältnissen der Fall ist. Typischerweise wechselt der Eigentümer eines Gebäudes wegen der hohen Transaktionskosten seltener als die Mieter und Pächter der Geschäftsräume. Verbessern die Innovationsmaßnahmen die Geschäftslage, so werden die Grundeigentümer typischerweise früher oder später

höhere Mieten durchsetzen können und erhöht sich damit der Grundstückswert. Veräußert ein Grundeigentümer sein abgabepflichtiges Grundstück, kann er deshalb in der Regel infolge der geplanten Maßnahmen einen höheren Erlös erzielen als ohne die Maßnahmen. Denn die Abgabe darf nur für Innovationsmaßnahmen erhoben werden, die voraussichtlich zu einer dauerhaften Verbesserung der Lage der Grundstücke und damit einem entsprechenden Vorteil für die Eigentümer führen. Nur bei Maßnahmen, deren Wirkungen eine gewisse Dauerhaftigkeit versprechen, kann von einer Stärkung eines gewachsenen urbanen Einzelhandels- und Dienstleistungszentrums gesprochen werden, wie dies § 1 GSED verlangt. „Strohfeueraktionen“ sind nicht geeignet, die Lage der Grundstücke zu verbessern und damit einen abgabepflichtigen Vorteil für die Grundeigentümer zu begründen.

Den Mietverhältnissen fehlt hingegen typischerweise die dem Eigentum vergleichbare Dauerhaftigkeit. Zieht ein Mieter aus, so kann er anders als ein Grundeigentümer, der sein Grundstück veräußert, den Lagevorteil nicht realisieren, zu dem die Innovationsmaßnahmen führen sollen. Kann der Mieter die wegen der verbesserten Lage erhöhten Mietkosten nicht aufbringen, hat er nicht nur keinen Vorteil, sondern anders als ein Grundeigentümer einen Nachteil. Denn er muss anderen renditestärkeren Geschäften und Dienstleistern weichen, die ihn aus der durch die Innovationsmaßnahmen verbesserten Geschäftslage verdrängen.

Nutzt ein Mieter bzw. Pächter hingegen seine Geschäftsräume im Innovationsbereich langfristig, so wird er nicht nur von den Innovationsmaßnahmen profitieren. Ein derartiger „Dauernutzer“ wird bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise typischerweise auch an den Kosten der Maßnahmen beteiligt. Denn gegenüber solchen gewerblichen Mietern wird der Grundeigentümer früher oder später eine Gelegenheit zur Mieterhöhung nutzen und die verbesserte Geschäftslage in die Miete einpreisen. Gerade diese Möglichkeit, langfristig höhere Miet- bzw. Pachteinahmen zu erzielen, macht die Einrichtung eines Innovationsbereichs für die dortigen Grundeigentümer interessant. Versprechen Sie sich von dem Maßnahmenkonzept keine Chance, ihre Miet- und Pachterträge zu verbessern, so werden sie typischerweise der Einrichtung eines derartigen Innovationsbereiches widersprechen und kommt es deshalb regelmäßig nach § 5 Abs. 8 GSED wegen der Erreichung der

Sperrminorität von einem Drittel des Grundeigentums nicht zur Einrichtung eines abgabepflichtigen Innovationsbereichs.

An die Unterschiede zwischen dem Grundeigentum und den typischerweise weniger dauerhaften Mietverhältnissen durfte der Gesetzgeber bei der Abgrenzung des Kreises der Abgabepflichtigen anknüpfen. Er musste die Mieter und Dienstleister nicht deshalb einbeziehen, weil diese, soweit sie ausreichend lange Zeit im Innovationsbereich verbleiben, auch von den Innovationsmaßnahmen profitieren. Da die langfristig ansässigen Mieter und Pächter mittelbar über Mietsteigerungen bei typisierender Betrachtungsweise an den Kosten der Innovationsmaßnahmen beteiligt werden, dürfen die Anforderungen an die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von Eigentümer und Mietern nicht überspannt werden. Auch bei anderen Beiträgen, etwa bei der Erhebung von Ausbaubeiträgen, ist anerkannt, dass diese nur von den Grundeigentümern erhoben werden und der Gesetzgeber nicht verpflichtet ist, die Kosten von Straßenverbesserungen auch auf die Mieter umzulegen.

Die Ungleichbehandlung von Grundeigentum und den Miet- und Pachtverhältnissen ist sachlich gerechtfertigt. Die Schwierigkeiten sind immens, einen für Mieter, Pächter und Grundeigentümer einheitlichen und noch praktikablen Bemessungsmaßstab zu finden. Ein Flächenmaßstab, der sich an der Größe der einzelnen Geschäftsräume orientiert, würde zu unverhältnismäßig hohe Ermittlungskosten führen und überdies, z.B. hinsichtlich der von mehreren Geschäften und Betrieben gemeinsam genutzten Flächen, sehr Streit anfällig sein. Auch würde er sich auf Mieter und Pächter einerseits und die Grundeigentümer andererseits sehr unterschiedlich auswirken. Auch am Umsatz oder dem Gewinn orientierte Maßstäbe stoßen auf große Bemessungsprobleme. Zudem sind sie von den Zufälligkeiten des jeweils für maßgeblich erklärten Bemessungszeitraums abhängig.

Mit dem Einheitswert der Grundstücke greift das Gesetz hingegen auf einen bei der Erhebung der Grundsteuer allgemein akzeptierten Maßstab zurück, der ausreichend vorteilsgerecht ist. (a.A. Kersten, UPR 2007, 121,127; Hecker, a.a.O. S. 148). Es ist nicht ersichtlich, weshalb dieser Maßstab, wie die Klägerin meint, verfassungswidrig sein soll. Grundstücke in gewachsenen urbanen Einzelhandels- und Dienstleistungszentren sind in der Regel Geschäftsgrundstücke, insbesondere Ladengrundstücke, Büro- und Kontor-

häuser. Sie werden gemäß § 76 Abs. 1 Nr. 2 BewG vorrangig im Ertragswertverfahren bewertet (vgl. Rössler/Troll, BewG, § 76 Rn 14 Std. Dezember 2005). Dies erscheint vor- teilsgerecht. Typisierungen sind im Abgabenrecht zulässig.

C.

Die erforderliche Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers des GSED ist ge- geben.

1. Für den Bereich des Boden- und Baurechts hat der Bundesgesetzgeber von seiner in Art. 74 Abs. 1 Ziff. 18 GG n.F. = Art. 74 Ziff. 18 GG a.F. begründeten konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit weitgehend abschließend durch das BauGB Gebrauch ge- macht. Erst mit dem durch das Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte vom 21. Dezember 2006 (BGBl. I S. 3316) in das BauGB aufgenommenen § 171 f BauGB „Private Initiativen zur Stadtentwicklung“ hat der Bun- desgesetzgeber den Ländern ausdrücklich Raum gegeben, Gebiete festzulegen, in denen in privater Verantwortung standortbezogene Maßnahmen durchgeführt werden, die auf der Grundlage eines mit den städtebaulichen Zielen der Gemeinde abgestimmten Kon- zepts der Stärkung und Entwicklung von Bereichen der Innenstädte, Stadtteilzentren, Wohnquartieren und Gewerbezentren sowie sonstigen für die städtebauliche Entwicklung bedeutsamen Bereichen dienen. Diese Regelung wurde eingefügt, um verschiedentlich geäußerten kompetenzrechtlichen Bedenken in Hinblick auf eine bodenrechtlich abschlie- ßende Regelung im BauGB zu begegnen (BT-Drs 16/3308 S.19). Nach § 246 Abs. 3 BauGB ist diese Vorschrift auch auf Rechtsvorschriften der Länder anzuwenden, die – wie hier – vor dem 1. Januar 2007 in Kraft getreten sind. Ausweislich der Gesetzesbegrün- dung (BT-Drs. 19/3308 S. 20) soll § 246 Abs. 3 BauGB als Folgeregelung zu § 171 f BauGB klarstellen, dass bereits vor Inkrafttreten dieses Gesetzes erlassenes Landesrecht zu Business Improvement Districts unberührt bleibt und weiter anwendbar ist.

Die Frage, ob diese Regelungen nachträglich einen etwaigen kompetenzrechtlichen Man- gel des Hamburgischen Gesetzes zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungs- zentren vom 28. Dezember 2004 heilen könnten, wirft zahlreiche Probleme auf. Diesen

braucht nicht nachgegangen zu werden. Denn die Gesetzgebungskompetenz des Landes war nach Art. 70 GG von vornherein gegeben, weil das GSED keine bau- oder bodenrechtliche Regelung im abschließend bundesrechtlich normierten Regelungsbereich der Baugesetzbuchs beinhaltet. Vielmehr geht es um eine Regelung der Wirtschaftsförderung. Von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz zum Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) hat der Bundesgesetzgeber für den hier interessierenden Bereich keinen abschließenden Gebrauch gemacht.

a. Allerdings bestehen Ähnlichkeiten mit den durch das EAG Bau 2004 in das BauGB eingefügten Vorschriften der §§ 171 a-d BauGB zu den Stadtumbaumaßnahmen. Diese sollen gemäß § 171 a Abs. 3 Satz 2 BauGB insbesondere dazu beitragen, dass die Siedlungsstruktur den Erfordernissen der Entwicklung von Bevölkerung und Wirtschaft angepasst wird, die Wohn- und Arbeitsverhältnisse sowie die Umwelt verbessert werden, innerstädtische Bereiche gestärkt werden etc.. § 171 e Abs. 2 Satz 1 BauGB erlaubt städtebauliche Maßnahmen der sozialen Stadt zur Stabilisierung und Aufwertung von durch soziale Missstände benachteiligten Ortsteilen oder anderen Teilen des Gemeindegebiets, in denen ein besonderer Entwicklungsbedarf besteht. Die in den §§ 136 ff BauGB geregelten städtebaulichen Sanierungsmaßnahmen sind Maßnahmen, durch die ein Gebiet zur Behebung städtebaulicher Missstände wesentlich verbessert oder umgestaltet wird (§ 136 Abs. 2 Satz 1 BauGB). Nach § 157 Abs. 1 BauGB kann sich die Gemeinde zur Erfüllung von Aufgaben, die ihr bei der Vorbereitung oder Durchführung der Sanierung obliegen, eines geeigneten Beauftragten bedienen. Nach § 165 Abs. 2 BauGB sollen mit städtebaulichen Entwicklungsmaßnahmen Ortsteile und andere Teile des Gemeindegebiets entsprechend ihrer besonderen Bedeutung für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung der Gemeinde erstmalig entwickelt oder im Rahmen einer städtebaulichen Neuordnung einer neuen Entwicklung zugeführt werden. Die Innovationsbereiche ähneln der Funktionsschwächenanierung darin, dass sich die Maßnahmen auf bestimmte Teile des Gemeindegebiets beziehen, für die ein besonderer Weiterentwicklungsbedarf besteht (vgl. Hellermann/Hermes, Rechtliche Zulässigkeit der Schaffung von „Business Improvement Districts, S.14, <http://www.hamburg.de/contentblob/129012/data/rechtsgutachten.pdf>).

b. Im Unterschied zu den städtebaulichen Instrumentarien strebt das Gesetz zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren aber an, zur Förderung der Wirt-

schaft und zur Verbesserung der Versorgung der Bevölkerung mit Waren und Dienstleistungen gewachsene urbane Einzelhandels- und Dienstleistungszentren zu stärken und zu entwickeln (§ 1 Satz 1 GSED). Die Förderung der Wirtschaft und nicht die städtebauliche Ordnung steht im Vordergrund des GSED. Um einen Übergriff in die von dem Bundesgesetzgeber mit dem BauGB ausgeschöpfte bodenrechtliche Gesetzgebungskompetenz zu vermeiden, verzichtet das GSED auf das Erfordernis einer Abstimmung des Innovationsbereiches mit der städtebaulichen Ordnung. Gemäß § 5 Abs. 5 GSED ist der Antrag auf Einrichtung eines Innovationsbereiches bereits abzulehnen, wenn das Maßnahmen- und Finanzierungskonzept geeignet ist, öffentliche Belange zu beeinträchtigen. Eine Konkretisierung des allgemeinen Begriffs der öffentlichen Belange auf solche der städtebaulichen Ordnung bzw. städtebaulichen Planung unterlässt das GSED. Hinzu kommt:

Einmal unterscheiden sich die Gründe für das Eingreifen der städtebaulichen Instrumentarien und die Gründe für die Anwendung des GSED wesentlich. Eine Sanierungsmaßnahme setzt nach der hier allein interessierenden Alternative des § 136 Abs. 2 Nr. 2 BauGB für das Vorliegen städtebaulicher Missstände voraus, dass das Gebiet in der Erfüllung der Aufgaben erheblich beeinträchtigt ist, die ihm nach seiner Lage und Funktion obliegen. Eine derartige städtebauliche Funktionsschwäche verlangt die Einrichtung eines Innovationsbereiches nicht. Es geht nur um die „bloße“ Stärkung und Entwicklung gewachsener urbaner Einzelhandels- und Dienstleistungszentren. Auch zielt die Einrichtung eines Innovationsbereiches nicht auf die Verbesserung der bauleitplanerisch zugewiesenen Versorgungsfunktion des Bereichs für bestimmte Gemeindegebiete und deren Wohnbevölkerung. § 1 Satz 1 und § 2 Abs. 1 GSED sprechen nur die Verbesserung der Bevölkerung insgesamt mit Waren und Dienstleistungen an sowie der Kunden und Besucher, die nicht aus bestimmten Gebieten stammen müssen. Lediglich hinsichtlich der in § 2 Abs. 1 GSED ebenfalls angesprochenen Bewohner und der im Innovationsbereich niedergelassenen Einzelhandels- und Dienstleistungsbetriebe besteht ein konkreter Bezug zu einem bestimmten Gebiet.

Ebenso verlangt die Einrichtung eines Innovationsbereiches anders als die Durchführung von Entwicklungsmaßnahmen nach § 165 Abs. 2 BauGB nicht, dass der fragliche Teil des Gemeindegebiets erstmalig entwickelt oder im Rahmen einer städtebaulichen Neuordnung einer neuen Entwicklung zugeführt wird. Das mit den Innovationsbereichen nach § 2

Abs. 1 GSED verfolgte Ziel, die Attraktivität eines gewachsenen urbanen Einzelhandels- und Dienstleistungszentrums für Kunden, Besucher und Bewohner zu erhöhen und die Rahmenbedingungen für die in diesem Bereich niedergelassenen Einzelhandels- und Dienstleistungsbetriebe zu verbessern, bewegt sich auf einer deutlich niedrigeren Schwelle. Auch intakte Einzelhandels- und Dienstleistungszentren können mit dem Instrumentarium des GSED gestärkt werden. Dieser qualitative Unterschied gilt auch im Verhältnis zu den Maßnahmen der Sozialen Stadt. Diese Maßnahmen setzen gemäß § 171 e Abs. 2 Satz 1 und 2 BauGB soziale Missstände, d.h. eine erhebliche Benachteiligung eines Gebiets aufgrund der Zusammensetzung und wirtschaftlichen Situation der darin lebenden und arbeitenden Menschen voraus. Ebenso besteht eine klare Abgrenzung zu den Stadtumbaumaßnahmen nach § 171 a BauGB. Stadtumbaumaßnahmen sind Maßnahmen, durch die in von erheblichen städtebaulichen Funktionsverlusten betroffenen Gebieten Anpassungen zur Herstellung nachhaltiger städtebaulicher Strukturen vorgenommen werden (§ 171 a Abs. 2 Satz 1 BauGB). Derart hohe Hürden bestehen für die Einrichtung eines Innovationsbereiches nicht.

Zum anderen ist auch das Instrumentarium des GSED offener und bewegt es sich auf einer erheblich niedrigeren Eingriffsebene als die im Zuge von Sanierungsmaßnahmen oder Entwicklungsmaßnahmen zulässigen Ordnungs- und Baumaßnahmen (§§ 146 ff, 169 BauGB). So sieht das GSED abgesehen von der hoheitlichen Abgabenerhebung kein Zwangsinstrumentarium gegenüber den Grundeigentümern und Betrieben vor. Diese können ihre Grundstücke im Rahmen des Baurechts und der übrigen gesetzlichen Regelungen so nutzen, wie sie es für richtig halten. Das GSED ermächtigt weder den Aufgabenträger noch die Behörde dazu, einzelne Maßnahmen, etwa hinsichtlich der Fassadengestaltung oder der Nutzung der Grundstücke für bestimmte Geschäfte hoheitlich durchzusetzen. Vielmehr ist es nach § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 7 GSED Aufgabe eines Innovationsbereichs, Vereinbarungen mit öffentlichen Stellen oder mit ansässigen Betrieben über die Durchführung von Maßnahmen zu treffen.

Insgesamt geht es der Sache nach nicht um eine Maßnahme der Städteplanung, sondern darum, mit Hilfe der lokalen Grundeigentümer die lokale Wirtschaft zu stärken (vgl. Hellermann/Hermes a.a.O.; Hecker, a.a.O. S. 118, 125).

c. Im Übrigen kommt hinzu: Der Bundesgesetzgeber hat mit dem Baugesetzbuch keine abschließenden Regelungen für den gesamten Bereich der Abgabenerhebung in Regelungsbereichen mit städtebaulichen Bezügen getroffen. Für die Erschließungsbeiträge nimmt bereits der Wortlaut des zum Zeitpunkt des Erlasses des GSED geltenden Art. 74 Ziff. 18 GG a.F. wie auch Art. 74 Abs. 1 Ziff. 18 GG n.F. das Recht der Erschließungsbeiträge aus dem Bodenrecht aus. Das Ausbaubeitragsrecht ist ausschließlich landesrechtlich geregelt, obgleich es nicht nur wegerechtliche, sondern auch städtebauliche Bezugspunkte aufweist. Es ist nicht ersichtlich, dass das Baugesetzbuch in der vor der Einfügung der §§ 171 f, 246 Abs. 3 BauGB geltenden Fassung die landesrechtliche Einführung einer Abgabe für den in einem Innovationsbereich entstehenden Aufwand sperrt.

D.

Der Erhebung der Abgabe steht Europarecht nicht entgegen.

1. Die Beklagte gewährt dem Vorhabenträger nicht deshalb eine möglicherweise unzulässige Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV = Art. 87 Abs. 1 EGV, weil sie die Abgaben für den Vorhabenträger einzieht, dem das Abgabenaufkommen mit Ausnahme einer Pauschale für den Verwaltungsaufwand nach § 8 GSED zusteht.

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind, vorbehaltlich anderer vertraglicher Bestimmungen, staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Voraussetzung für die Qualifizierung einer nationalen Maßnahme als staatliche Beihilfe sind erstens die Finanzierung dieser Maßnahme durch den Staat oder aus staatlichen Mitteln, zweitens ein Vorteil für ein Unternehmen, drittens die Selektivität dieser Maßnahme und viertens eine Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten und eine daraus folgende Verfälschung des Wettbewerbes (EuGH, 2. Kammer, Urt. vom 15.6.2006, C-393/04, Air Liquide, Slg 2006, I-5293-5340). So liegt es hier nicht.

a. Ob es allerdings bereits an dem Erfordernis einer finanziellen Belastung der öffentlichen Hand (vgl. Götz/Martinez Soria in Dausers, Hdb.EU-WirtschaftsR, H Rdnr. 51; v. Wallenberg in Grabitz/Hilf, Art. 87 EGV Rn 37 Stand 9/2004) fehlt, erscheint zweifelhaft. Zwar behält die Beklagte einen Pauschalbetrag zur Abdeckung ihrer eigenen Kosten von dem Abgabenaufkommen gemäß § 8 GSED ein. § 5 InnBNWallIV setzt diesen einmaligen Pauschalbetrag aber nur zur teilweisen und nicht zur vollständigen Deckung des Verwaltungsaufwands auf 20.000 Euro fest. Die Frage, ob bereits der mit der Abgabenerhebung verbundene Verwaltungsaufwand im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV eine finanzielle Belastung der Beklagten darstellt und ob eine finanzielle Belastung der Beklagten deshalb zu bejahen ist, weil sie zunächst die Abgabe erhebt und sie erst sodann das in die allgemeinen Haushaltsmittel eingegangene Abgabenaufkommen an den Aufgabenträger weiterleitet (vgl. eingehend Hecker, a.a.O., S. 184-188), kann aber offenbleiben. Ebenso kommt es letztlich nicht darauf an, ob die Einziehung der Abgaben und die Erstattung des Aufwandes des Vorhabenträgers, einschließlich der organisatorischen Kosten und eines angemessenen Gewinns für die Durchführung der Innovationsmaßnahmen, einen Vorteil für den Vorhabenträger darstellt, der ihn im Vergleich zu anderen Unternehmen begünstigt. Ein derartiger Vorteil könnte darin liegen, dass die Beklagte den Vorhabenträger von den Kosten entlastet, die die Erhebung der Abgaben mit sich bringt und sie das bei einer rein privatwirtschaftlichen Finanzierung in Kauf zu nehmende Risiko von „Trittbettfahrern“ minimiert.

b. Jedenfalls fehlt es an dem vierten Erfordernis, nämlich an einer drohenden Wettbewerbsverfälschung und der Eignung der Maßnahme, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (vgl. EuGH, Urt. vom 15.6.2006 a.a.O.).

Den innergemeinschaftlichen Handel beeinflusst eine Beihilfe, wenn sie die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern in diesem Handel stärkt. Dazu braucht das begünstigte Unternehmen nicht selbst am innergemeinschaftlichen Handel teilzunehmen. Auch schließt weder der verhältnismäßig geringe Umfang einer Beihilfe noch die verhältnismäßig geringe Größe des begünstigten Unternehmens die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten von vornherein aus (EuGH, Urt. vom 15.6.2006 a.a.O.).

b.a. Jedoch droht hier eine Wettbewerbsverfälschung jedenfalls deshalb nicht, weil sich jedes Unternehmen, auch eines aus anderen Mitgliedstaaten, bei den Grundeigentümern und Gewerbetreibenden in einem geplanten Innovationsbereich darum bemühen kann, von diesen als Aufgabenträger ausgewählt zu werden, um sodann mit der erforderlichen Zustimmung von 15 % der Grundeigentümern und der Eigentümer von 15 % der Grundflächen die Einrichtung eines Innovationsbereichs nach § 7 GSED beantragen zu können. Dieses Wettbewerbsverhältnis beeinflusst die Abgabenerhebung nicht. § 4 Abs. 1 Satz 3 GSED stellt sicher, dass nicht nur Hamburger Unternehmen zum Aufgabenträger bestimmt werden können. Aufgabenträger kann hiernach jede Person sein, die Mitglied der Handelskammer Hamburg ist oder sich freiwillig deren Aufsicht unterwirft. Hat ein Unternehmen, aus welchem Mitgliedstaat auch immer, das Vertrauen der Initiatoren für das von ihm oder den Initiatoren erarbeitete Maßnahmen- und Finanzierungskonzept erworben und stellt es sodann nach § 5 GSED den Antrag auf Einrichtung des Innovationsbereichs, so ist es naturgemäß das einzige Unternehmen, das als Vorhabenträger in Betracht kommt. Es hat gewissermaßen den Wettbewerb um die Position eines Vorhabenträgers bereits im Vorfeld des noch nicht durch Maßnahmen der Beklagten beeinflussten lokalen Selbstorganisationsprozesses gewonnen (vgl. Schuppert, Gutachten zum Wohnquartier-Attraktivitätssteigerungsgesetz, S.68-69, <http://www.hamburg.de/contentblob/129012/data/rechtsgutachten.pdf>).

b.b. Im Übrigen kommt hinzu: Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (vgl. EuGH, Urt. vom 24.7.2003, C-280/00 Altmark Trans, Slg I-7748; krit. dazu Götz/Martinez Soria in Dauses, Hdb.EU-WirtschaftsR, H Rdnr. 51) stellt die Ausgleichszahlung an ein privates Unternehmen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, dort die Übernahme von Verkehrsleistungen, keine Beihilfe dar, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind:

- Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut und diese Verpflichtungen müssen klar definiert worden sein.
- Die Parameter zur Berechnung des Ausgleichs sind objektiv und transparent aufzustellen.
- Der Ausgleich darf nicht über die zur Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen erforderlichen Mittel hinausgehen.

- Die Höhe des dem Unternehmen gewährten Ausgleichs für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, sofern das Unternehmen wie hier nicht im Wege eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge ausgewählt wurde, muss auf der Grundlage der Analyse der Kosten bestimmt worden sein, die ein durchschnittlich gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte.

Auch nach diesen Grundsätzen dürfte keine Beihilfe vorliegen (vgl. Hellermann/Hermes, a.a.O., S. 88; Schuppert, a.a.O. S. 67; Heckert, a.a.O., S. 191 ff.):

Viel spricht dafür, die von dem Aufgabenträger durchzuführenden Innovationsmaßnahmen den gemeinwirtschaftlichen Aufgaben gleichzustellen, da die Stärkung gewachsener urbaner Gewerbe- und Dienstleistungszentren durch eine bauliche Verbesserung einer öffentlichen Straße und zusätzliche Leistungen, wie z.B. eine Verbesserung der Reinigung und das Parkraummanagement sowie gemeinschaftliche Marketingmaßnahmen im öffentlichen Interesse liegen. - Auch wird der Aufgabenträger mit dem öffentlichen-rechtlichen Vertrag und der Rechtsverordnung mit der Erfüllung bestimmter Innovationsmaßnahmen betraut. Das Abgabenaufkommen, das der Aufgabenträger erhält, wird objektiv und transparent in dem in § 7 GSED geregelten Verfahren ermittelt. Die Kosten für die Innovationsmaßnahmen, die in die Berechnung des Hebesatzes eingehen, werden zuvor durch das vorzulegende Maßnahmen- und Finanzierungskonzept bestimmt, das öffentlich ausgelegt wird. - § 7 Abs. 1 GSED begrenzt das dem Aufgabenträger zustehende Abgabenaufkommen auf den entstehenden Aufwand einschließlich eines angemessenen Gewinns. Nur ein wettbewerbsgerechter Gewinn ist angemessen. Die Grundeigentümer werden regelmäßig nur einem Maßnahmen- und Finanzierungskonzept zustimmen bzw. mit mehr als 2/3 Mehrheit nicht widersprechen, welches die Kosten auf diejenige Höhe begrenzt, die ein durchschnittlich gut geführtes Unternehmen zur Durchführung der Innovationsmaßnahmen aufwenden würde. Auch soll die Aufsicht der Handelskammer über die ordnungsgemäße Geschäftsführung des Aufgabenträgers nach § 6 Abs. 3 GSED ebenso dafür sorgen, dass der Aufgabenträger keine unangemessenen Gewinne erzielt, wie der Zwang, die Einnahmen aus dem Abgabenaufkommen abgesondert von den eigenen Mitteln zu verwalten und treuhänderisch ausschließlich für Zwecke des Innovationsbereichs zu verwenden; nicht verwendete Mittel hat der Aufgabenträger nach Außerkrafttreten der Verordnung zu erstatten (§ 8 Abs. 3 und 4 GSED).

All dies schließt ausreichend aus, dass das Abgabenaufkommen die Wettbewerbsposition des Aufgabenträgers gegenüber Konkurrenten um andere Aufträge unzulässiger Weise im Wege der Quersubventionierung stärkt.

b.c. Auch leistet die Beklagte keine Beihilfe an die Grundeigentümer und Gewerbetreibenden im Innovationsbereich dadurch, dass sie mit ihrem hoheitlichen Instrumentarium die privaten Initiativen zur Stärkung der urbanen Gewerbe- und Dienstleistungszentren begleitet und kontrolliert. Zum einen können auch die Grundeigentümer anderer derartiger Zentren initiativ werden und mit Hilfe eines Vorhabenträgers die Einrichtung eines Innovationsbereichs beantragen. Zum anderen ist nicht ersichtlich, wie die Einrichtung derartiger Innovationsbereiche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen könnte.

2. Das Vergaberecht verletzt nicht, dass die Beklagte die Beigeladene durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag vom 23. September 2005 und § 3 InnbnWallIV zum Vorhabenträger bestellt hat, ohne zuvor ein Vergabeverfahren durchzuführen. Der Vertrag mit der Beigeladenen über ihre Bestellung zum Vorhabenträger und die Umsetzung des Innovationsbereichs Neuer Wall unterfällt nicht dem Vergaberecht.

a. Insoweit ist zwischen den unterschiedlichen Vertragsgegenständen zu unterscheiden.

Der öffentlich-rechtliche Vertrag über die Umsetzung des Innovationsbereichs Neuer Wall vom 23. September 2005 umfasst sowohl die Baumaßnahmen, für die im Budget 3 Kosten von insgesamt 3.207.293 Euro aufgeführt sind, als auch die in den Budgets 1, 2 und 4 zusammengefassten anderen Maßnahmen. Die §§ 2 und 3 VgV legen unterschiedlich hohe Schwellenwerte für öffentliche Dienstleistungsverträge, Lieferverträge und Bauaufträge fest. Dementsprechend differenziert auch § 99 GWB zwischen diesen Auftragsarten. Als Dienstleistungsaufträge gelten gemäß § 99 Abs. 4 GWB Verträge über Leistungen, die nicht den in § 99 Abs. 2 GWB definierten Lieferverträgen unterfallen und auch keine Bauleistungen im Sinne des § 99 Abs. 3 GWB darstellen. Hinsichtlich der Baumaßnahmen ist vergaberechtlich die Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. Nr. L 199 v. 9.8.1993 S. 0054-0083) - VergabeBauRI – heranzuziehen. Für die anderen Teile gilt die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren

zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. Nr. L 209 v. 24.7.1992 S.1) – VergabeDienstRL -. Auch die erst zum 31. Januar 2006 und damit nach dem Datum des Vertragsschlusses vom 23. September 2005 umzusetzende Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (Abl. Nr. L 134/114) differenziert in ihrem Art. 1 Abs. 2 zwischen öffentlichen Bauaufträgen und öffentlichen Dienstleistungsaufträgen.

b. Öffentliche Bauaufträge sind nach § 99 Abs. 3 GWB Verträge entweder über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll oder eine Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen. Als öffentliche Bauaufträge gelten gemäß Art. 1 VergabeBauRL u.a. die zwischen einem Unternehmer und dem Staat oder einer Gebietskörperschaft geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über die Ausführung eines Bauwerks.

b.a. Vieles spricht dafür, dass der die baulichen Maßnahmen am Neuen Wall betreffende Teil des genannten Vertrages einen entgeltlichen Vertrag im diesem Sinne darstellt. Denn die Beklagte leitet das in ihren allgemeinen Haushalt eingeflossene Abgabenaufkommen an die Beigeladene u.a. zur Finanzierung der Kosten für die bauliche Neugestaltung des Neuen Walls weiter. Die baulichen Maßnahmen erfolgen auch wirtschaftlich nicht allein im Interesse der Grundstückseigentümer. Vielmehr handelt es sich um Arbeiten an der im öffentlichen Eigentum der Beklagten stehenden Straßenfläche des Neuen Walls. Der öffentliche Auftraggeber, nämlich die Beklagte und nicht die privaten Grundeigentümer, erwirbt das Eigentum an den verbauten Materialien, den Lampen und dem neuen Straßenbelag. Erwirbt der öffentliche Auftraggeber das Eigentum an dem zu erstellenden Bauwerk, so besteht ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des Auftraggebers an der Bauleistung (vgl. EuGH, 3. Kammer, Urt. v. 25.3.2010, C-451/08, Rn 50). Insoweit dürfte dieser Teil des Vertrages, der überdies durch die Bestimmungen des zwischen dem Bezirksamt Mitte und der Beigeladenen gesondert abgeschlossenen Wegebauvertrages vom 27. September 2005 (Bl. 383 ff der Akte) näher ausgefüllt wird, auch einen Beschaffungsvorgang im Sinne des Vergaberechts (vgl. dazu Otting in Bechtold, KartellG, 2008, § 99 Rn 2, 6 a; EuGH, 3. Kammer a.a.O.) bilden.

b.b. Es kann dahinstehen, ob der die Bauleistungen betreffende Teil des Vertrages gleichwohl keinen öffentlichen Bauauftrag darstellt, weil zum einen die Kosten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise vollständig aus dem Abgabeaufkommen der Grundeigentümer und nicht dem übrigen Steuer- und Abgabeaufkommen des Staates finanziert werden und zum anderen nicht die Beklagte den Vorhabenträger, nämlich die Beigeladene, ausgesucht hat, sondern die Beigeladene im Vorfeld des Vertragsschlusses von dem Lenkungsausschuss des privaten Trägervereins ausgewählt wurde. Die hiermit zusammenhängenden Fragen (siehe dazu unten zu der Frage eines öffentlich-rechtlichen Dienstleistungsauftrags) bedürfen keiner Entscheidung. Denn jedenfalls erreicht der Auftragswert für die Baumaßnahmen des Budget 3 einschließlich der Finanzierungskosten von zusammen 3.207.293 Euro nicht den maßgeblichen Schwellenwert von 5 Mio Euro nach § 2 Nr. 4 VgV in der damals gültigen Fassung vom 11. Februar 2003 (BGBl. I S. 169) bzw. 5 Mio ECU nach Art. 6 BauVergabeRL. Der Auftragswert für die Baumaßnahmen bleibt auch dann deutlich unterhalb dieses Schwellenwerts, wenn man die im Budget 1 enthaltenen Kosten für die Konzeption und juristische Beratung, die Administration und Evaluation, die Vorkosten, und der allgemeinen Geschäftskosten von zusammen 552.800 Euro sowie der im Budget 4 mit 266.107 Euro zusammengefassten Reservekosten für Bau, Service und Unvorhergesehenes anteilig den Baumaßnahmen zurechnen und zu dem Auftragswert für den Bauauftrag hinzuzählen würde.

c. Der Bauauftrag ist nicht deshalb dem niedrigeren Schwellenwert für Dienstleistungen von 200.000 Euro zu unterwerfen, weil in dem Vertrag zur Umsetzung des Innovationsbereichs vom 23. September 2005 auch Dienstleistungen geregelt sind.

Gemäß Art. 1 Buchstabe a (i) DienstVergabeRL gelten als öffentliche Dienstleistungsaufträge nur die mit einem öffentlichen Auftraggeber abgeschlossenen entgeltlichen Verträge ausgenommen der öffentlichen Lieferaufträge und der öffentliche Bauaufträge. In den Erwägungsgründen der Richtlinie heißt es dazu:

„Dienstleistungsaufträge, insbesondere im Bereich der Grundstücksverwaltung, können gelegentlich Bauleistungen mit sich bringen. Aus der Richtlinie 717/305/EWG folgt, dass ein Vertrag, um als öffentlicher Bauauftrag eingeordnet zu werden, die hauptsächliche Einrichtung eines Bauwerks im Sinne der Richtlinie zum Inhalt haben muss. Soweit Bauleistungen jedoch lediglich von untergeordne-

ter Bedeutung sind und somit nicht den Inhalt des Vertrages ausmachen, führen sie nicht zu einer Einordnung des Vertrages als öffentlicher Bauauftrag“

Ähnlich formuliert der Erwägungsgrund 10 zur Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 sinngemäß, dass der Umstand, dass ein Dienstleistungsvertrag Bauleistungen umfasst, die nur Nebenarbeiten im Verhältnis zum Hauptgegenstand darstellen, nicht zur Einstufung des Vertrags als öffentlicher Bauauftrag führt. Dem entspricht das Urteil des EuGH vom 19.4.1994, C-331/92, Slg 1994 S. I-01329. Danach fällt ein gemischter Vertrag, der sich sowohl auf die Durchführung von Bauarbeiten als auch auf die Überlassung von Vermögensgegenständen bezieht, nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 71/305, wenn die Durchführung der Bauarbeiten gegenüber der Überlassung von Vermögensgegenständen von untergeordneter Bedeutung ist.

Der Vertrag vom 23. September 2005 hat Dienstleistungen und den Umbau des Neuen Walls zum Gegenstand. Diese Baumaßnahme stellt sich nicht lediglich als untergeordneter Bestandteil eines in erster Linie auf die Erbringung von Dienstleistungen gerichteten Vertrags dar. Die Kosten für die Baumaßnahmen einschließlich der Baunebenkosten und der Finanzierungskosten bilden vielmehr mit 3.207.293 Euro die größte Budgetposition. Der Vertrag stellt nicht als Ganzes einen Dienstleistungsvertrag dar.

d. Umgekehrt sind die Auftragswerte für die Dienstleistungen auch nicht dem Auftragswert für den Bauauftrag hinzuzuzählen mit der Folge, dass der Gesamtwert von 5.996.000 Euro den für Bauaufträge geltenden Schwellenwert überstiege. Im vorliegenden Fall sind die Dienstleistungen, die - wie unten auszuführen sein wird - mangels des erforderlichen Beschaffungselements nicht dem Vergaberecht unterliegen, nicht in die Berechnung des Auftragwerts einzubeziehen.

d.a. Der Auftragswert eines gemischten Vertrags, der sowohl einen Bauauftrag wie auch die Erbringung von Dienstleistungen regelt, ist differenziert zu berechnen, wenn die Bauleistungen und die Dienstleistungen klar voneinander zu trennen sind und ausnahmsweise weder die Dienstleistungen einen im Verhältnis zu den Baumaßnahmen untergeordneten Teil des Vertragsgegenstandes bilden noch umgekehrt sich die Baumaßnahmen als bloße Nebenleistung zu den Dienstleistungen darstellen. Besitzen sowohl die Baumaß-

nahmen wie die Dienstleistungen ein derart erhebliches Eigengewicht, dass der Vertrag nicht nur einen vorherrschenden Bestandteil aufweist, so beinhaltet ein solcher Vertrag mehrere Hauptgegenstände. Kommt hinzu, dass – wie im vorliegenden Falle – der zweite Hauptgegenstand Dienstleistungen zum Gegenstand hat, die, wie unten unter e.b. dargelegt wird, mangels Beschaffungscharakters nicht dem Vergaberecht unterfallen, so kann es nicht zur Konkurrenz der unterschiedlichen Verfahrensvorschriften für öffentliche Bauaufträge und öffentliche Dienstleistungsaufträge und den damit verbundenen Problemen für das Ausschreibungsverfahren kommen. Auf eine derartige Konstellation passt die Rechtsprechung des EuGH (EuGH, 4. Kammer, Urt. v. 6.5.2010, C-145, 149/08 Club Hotel, NVwZ 2010, 825; 1. Kammer, Urt. vom 18.1.2007, C-220/05, Slg 2007 S. I-00385 Rn 37) nicht. Danach sind bei einem gemischten Vertrag, dessen einzelne Teile der Ausschreibung zufolge untrennbar verbunden sind und somit ein unteilbares Ganzes bildet, die vergaberechtlichen Anforderungen auf der Grundlage der Vorschriften zu untersuchen sind, die den Teil regeln, der den Hauptgegenstand oder vorherrschenden Bestandteil des Vertrags bildet.

Allerdings ist zur Bestimmung des Wertes eines Bauauftrags der Gesamtwert des Bauauftrags aus der Perspektive eines potenziellen Bieters zu berücksichtigen und erhöhen deshalb untergeordnete Dienstleistungen den Auftragswert ebenso, wie nicht nur die von dem öffentlichen Auftraggeber zu zahlenden Beträge zu berücksichtigen sind, sondern auch Zahlungen von Dritten (EuGH, 1. Kammer, Urt. v. 18. 1. 2007, a.a.O., Rn 49). Maßgeblich ist, dass das Vergaberecht die Märkte einem echten Wettbewerb öffnen soll. Die Auftragsvergaben sollen in der gesamten Gemeinschaft bekannt gemacht werden, damit die in der Gemeinschaft ansässigen Unternehmen beurteilen können, ob die bekannt gemachten Aufträge für sie von Interesse sind (EuGH, 1. Kammer, Urt. vom 18.1.2007, C-220/05, Slg 2007 S. I-00385).

Jedoch ist eine ganz andere Interessenlage gegeben, wenn ein gemischter Auftrag mehrere Teilgegenstände erfasst, von denen keiner Hauptgegenstand bzw. vorherrschender Bestandteil ist und die anderen lediglich als dazu gehörige „Nebenleistung“ bzw. untergeordnete Bestandteile verstanden werden können. Wird ein Auftrag als öffentlicher Bauauftrag europaweit ausgeschrieben, obwohl ein wesentlicher und nicht als untergeordneter Bestandteil zu verstehender Teil der ausgeschriebenen Leistungen keine Bauleistungen

beinhaltet und der Auftrag ohne Berücksichtigung dieser anderen, eigenständigen Dienstleistungen sich lediglich auf einen Auftragswert bezieht, dessen Höhe deutlich unterhalb des Schwellenwertes für Bauaufträge liegt, so führt die Ausschreibung lediglich zu Irritationen bei potenziellen Bietern aus anderen Mitgliedstaaten. Denen vermittelt der Gesamtwert des ausgeschriebenen Auftrags den irrigen Eindruck, der Wert der Bauleistungen erreiche eine für sie interessante Größenordnung.

Fehlt es an einem einzigen Hauptgegenstand, weil es mehrere Hauptgegenstände gibt, deren Vergabe die einschlägigen EU-Richtlinien unterschiedlich regeln, so sind diese Unterschiede beachtlich. Bilden die vergabefreien Dienstleistungen, obwohl ihre Erbringung in dem einheitlichen Vertrag über die Durchführung des Innovationsbereichs geregelt ist, einen selbständigen Hauptgegenstand des Vertrages, so darf die Entscheidung des Gemeinschaftsrechts, derartige Dienstleistungen nicht dem Vergaberecht zu unterwerfen, nicht dadurch in die Leere gehen, dass der Wert dieser Dienstleistungen zu dem Auftragswert für die Bauleistungen hinzugezählt wird.

d.b. So liegt es hier. Der Vertrag vom 23. September 2005 über die Bestellung des Vorhabenträgers und die Umsetzung des Innovationsbereichs enthält unterschiedliche Hauptgegenstände.

Nach Erwägungsgrund 10 der Richtlinie 2004/18 EG vom 31. März 2004 gilt ein öffentlicher Auftrag nur dann als Bauauftrag, wenn er die speziell im Anhang I genannten Tätigkeiten zum Gegenstand hat und kann er sich auf andere Leistungen erstrecken, die für die Ausführung dieser Tätigkeiten erforderlich sind. Die anderen in dem Vertrag vom 23. September 2005 vereinbarten Dienstleistungen sind aber nicht für die Bauleistungen, nämlich die Bauarbeiten am Neuen Wall, erforderlich. Auch handelt es sich nicht um bloße Nebenleistungen zu den Bauleistungen. Zum einen geht es bei diesen anderen Dienstleistungen um die im Budget 1 zusammengefassten Kosten für die Konzeption und juristische Beratung, die Administration und Evaluation, die Vorkosten, die Weihnachtsbeleuchtung und die allgemeinen Geschäftskosten mit einem Gesamtumfang von 1.118.000 Euro. Die im Budget 1 enthaltenen Kosten der jährlichen Weihnachtsbeleuchtung von 565.200 Euro und die 169.500 Euro für Marketing, Events und Kommunikation sowie die im Budget 2 zusammengefassten Kosten für die Servicegesellschaft von 1.405.600 Euro können

weder ganz noch anteilig dem Bauauftrag zugerechnet werden. Bei letzteren Kosten handelt es sich um die Kosten für die Serviceleistungen: professionelles District-Management, Organisation des Parkraums, Sicherheitsmanagement, Reinigung des Außenbereichs, Grünanlagenpflege einschließlich Bepflanzung und den technischen Service. Diese Dienstleistungen, die die Beigeladene zusammen an die Servicegesellschaft, die GmbH, vergeben hat, sind weder für die Durchführung der Baumaßnahmen erforderlich noch handelt es sich um bloße Nebenleistungen zu dem Bauauftrag. Sie sind von selbständiger Bedeutung und haben ein großes Eigengewicht. Diese Eigenständigkeit verdeutlicht auch der Umstand, dass durchaus möglich ist, dass diese Dienstleistungen nach dem Auslaufen der 5-jährigen Laufzeit des Innovationsbereichs dadurch fortgeführt werden, dass eine Nachfolgeregelung gefunden und ein neuer Innovationsbereich Neuer Wall eingerichtet wird. Die Dienstleistungen sind in ihrer Gesamtheit neben den Bauarbeiten am Neuen Wall ebenfalls Hauptgegenstand des Vertrages. Die Besonderheit des Vertrages vom 23. September 2005 über die Umsetzung des Innovationsbereichs liegt darin, dass ausweislich seines § 1 die Einrichtung des Innovationsbereichs zur Stärkung der Dienstleistungen und des Handels und die gemeinschaftliche Durchführung des Vorhabens „Umgestaltung und Bewirtschaftung des Neuen Walls“ Gegenstand des Vertrags ist. Das dazu vereinbarte Maßnahmenbündel weist zwei Schwerpunkte auf, einmal die bauliche Umgestaltung des Neuen Walls und zum anderen die Dienstleistungen, die ebenfalls die Attraktivität der Einkaufsstraße und der Adresse für Dienstleister verbessern sollen.

Die Selbständigkeit des Bauauftrages und der Dienstleistungen spiegeln sich auch in der Vertragsstruktur wieder. Die Beklagte und die Beigeladene haben für die Durchführung der Bauarbeiten nicht lediglich den Vertrag vom 23. September 2005 über die Umsetzung des Innovationsbereichs Neuer Wall geschlossen. Zusätzlich haben sie am 27. September 2005 einen Wegebauvertrag über die Wegebaumaßnahmen im Innovationsbereich Neuer Wall mit dem dazu in Anlage 2 aufgeführten Leistungsverzeichnis zur baulichen Umgestaltung mit einer Bausumme von 2.294.168 Euro (§ 9 des Wegebauvertrags und Anlage 2 mit dem Leistungsverzeichnis) vereinbart. Der Abschluss dieses gesonderten Wegebauvertrags zeigt, dass der Bauauftrag nicht untrennbarer Bestandteil des Vertrages über die Durchführung des Innovationsbereiches ist, sondern einer selbständigen Betrachtung zugänglich bleibt. Diese Bausumme bildet den Kern des im Budget 3 ausgewiesenen Auftragswerts für die Baumaßnahmen, der sich aus der Bausumme und dem

Architektenhonorar, den Finanzierungskosten von 6 % jährlich sowie den Kosten für die Koordinierung, Überwachung, Risiko und allgemeine Geschäftskosten sowie eines Gewinns von 4 % zusammensetzt und sich zusammen auf 3.207.293 Euro beläuft. Bei einem Gesamtwert des Vertrags über die Durchführung des Innovationsbereichs Neuer Wall von 5.996.000 Euro ist angesichts des unterschiedlichen Charakters der einzelnen Maßnahmen nicht festzustellen, dass dem „Bauteil“ das vorherrschende Gewicht zukommt.

e. Der Auftragswert für die nicht den Baumaßnahmen zuzurechnenden übrigen von der Beigeladenen zu erbringenden Leistungen übersteigt den für Dienstleistungsaufträge nach § 2 Nr. 3 VgV 2003 geltenden Schwellenwert von 200.000 Euro. Schon die Kosten für die Weihnachtsbeleuchtung von 565.200 Euro und die von der Beigeladenen an einen einzigen Subunternehmer vergebenen Leistungen der Servicegesellschaft von 1.255.000 Euro übersteigen den Schwellenwert für öffentliche Dienstleistungsaufträge deutlich.

Gleichwohl unterliegt der Vertrag nicht den vergaberechtlichen Anforderungen an öffentliche Dienstleistungsaufträge. Gemäß Art. 1 a DienstVergabeRL gelten als öffentliche Dienstleistungsaufträge die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen, entgeltlichen Verträge mit Ausnahme der öffentlichen Bauaufträge und anderer hier nicht einschlägiger Verträge. Einen derartigen öffentlichen Dienstleistungsauftrag hat die Beklagte mit der Bestellung der Beigeladenen zum Vorhabenträger und ihrer Beauftragung mit der Umsetzung der Maßnahmen des Innovationsbereichs nicht erteilt, soweit diese Maßnahmen keinen Bauauftrag bilden, sondern Dienstleistungen sind.

e.a. Keinem Zweifel unterliegt allerdings, dass die Beklagte ein öffentlicher Auftraggeber ist. Öffentliche Auftraggeber sind gemäß § 98 Nr. 1 GWB u.a. die Gebietskörperschaften.

Auch ist in der Rechtsprechung des EuGH geklärt, dass öffentlich-rechtliche Verträge öffentliche Dienstleistungsaufträge sein können. Das für die Anwendung der DienstvergabeRL vorausgesetzte vertragliche Element entfällt nicht deshalb, weil der Vertrag zur Bestimmung des Vorhabenträgers dem öffentlichen Recht unterfällt (vgl. EuGH, 3. Kammer, Urt. v. 29.4.2010, C-160/08, Rn 90, NVwZ 2010, 949). Hoheitliche Aufgaben, die mit der

Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, die möglicherweise nicht Gegenstand eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages sein können (vgl. EuGH, 3. Kammer, Urt. v. 29.4.2010, C-160/80, Rn 73 ff.) hat die Beklagte dem beigeladenen Vorhabenträger nicht übertragen.

Das erforderliche vertragliche Element dürfte auch nicht daran scheitern, dass die Beklagte mit der Beigeladenen nicht nur einen öffentlich-rechtlichen Vertrag geschlossen hat, sondern sie die Beigeladene zusätzlich mit § 3 InnBerNWaIV entsprechend § 3 Abs. 2 GSED im Wege einer Rechtsverordnung zum Aufgabenträger bestimmt hat. Zwar unterfällt nach den Erwägungsgründen zur der DienstvergabeRL die Erbringung von Dienstleistungen nur insoweit dieser Richtlinie, wie sie aufgrund von Aufträgen erfolgt. Andere Grundlagen für die Dienstleistung, wie Gesetz oder Verordnungen oder Arbeitsverträge werden nicht erfasst. Zum einen hat aber die zum 31. Januar 2006 umzusetzende Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 diesen Erwägungsgrund der älteren DienstvergabeRL nicht übernommen. Zum anderen ist der Begriff des öffentlichen Dienstleistungsauftrags funktional zu verstehen, um zu verhindern, dass die Mitgliedstaaten die Richtlinie durch Wahl einer entsprechenden Rechtsform umgehen (vgl. EuGH, 1. Kammer, Urt. v. 11.1.2005, C-26/03, Halle, Slg 2005 S. I-00001; Schuppert, Gutachten zum Wohnquartier-Attraktivitätssteigerungsgesetz, a.a.O., S. 59). Der bloße Umstand, dass die Beklagte die Beigeladene auch durch Rechtsverordnung zum Vorhabenträger bestellt hat, schließt nicht aus, den Vertrag vom 23. September 2005 als öffentlichen Dienstleistungsauftrag zu qualifizieren.

Ferner dürfte das Merkmal eines entgeltlichen Vertrages (vgl. Art. 1 a DienstVergabeRL und Art. 1 Abs. 2 a Richtlinie 2004/18/EG) noch nicht deshalb zu verneinen sein, weil die Kosten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise letztlich von den abgabepflichtigen Grundstückseigentümern getragen werden und nicht von der Beklagten. Zwar ließe sich insoweit argumentieren, die Dienstleistungen seien nicht auf Rechnung der Beklagten (für dieses Erfordernis EuGH, 3. Kammer, Urt. v. 25.3.2010, C-451/08, Rn 46, NVwZ 2010, 565) zu erbringen (in diesem Sinne Schuppert, a.a.O. S. 57, Hecker, a.a.O. S. 226-227). Denn das Abgabenaufkommen stehe gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 GSED dem Vorhabenträger und nicht der Beklagten zu (vgl. Huber, DVBl 2007, 466). Einer derartigen Betrachtungsweise dürfte aber entgegenstehen, dass die Beklagte die Gelder an den Vorha-

beiträger aus ihrem allgemeinen Haushalt und nicht aus Mitteln bezahlt, die gesondert geführt werden. Dass die Kosten für die Innovationsmaßnahmen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise von den Abgabepflichtigen getragen werden, ändert kaum etwas daran, dass die Beklagte den Auftrag im vergaberechtlichen Sinne auf ihre Kosten vergibt. Auch in anderen Fällen wird ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag nicht deshalb zu verneinen sein, weil die Behörde die Kosten für den Auftrag im Wege der Gebühren- oder Beitrags-erhebung refinanziert und die Gebührenpflichtigen und Beitragsschuldner an der Leistung interessiert sind (vgl. Köster, NZBau 2008, 300; Genske, VergabeR 2008, 15)). Diese Betrachtungsweise verlangt der Zweck des Vergaberechts, die Märkte europaweit zu öffnen.

e.b. Diese Fragen bedürfen aber keiner abschließenden Prüfung. Jedenfalls liegt kein öffentlicher Dienstleistungsauftrag vor, weil es an dem erforderlichen Beschaffungselement fehlt:

(1) Das Merkmal eines entgeltlichen Auftrages setzt voraus, dass die Bezahlung eine Gegenleistung für eine für den öffentlichen Auftraggeber, hier die Beklagte, zu erbringende Leistung ist. Insoweit wohnt dem Begriff des öffentlichen Dienstleistungsauftrags ein Beschaffungselement zu Gunsten der den Auftrag erteilenden Gebietskörperschaft inne (vgl. Otting in Bechtold, KartellG, 2008, § 99 Rn 6 ff; Martini, DÖV 2008, 10; Schuppert, Gutachten, Wohnquartier-Attraktivitätssteigerungsgesetz, Internet, a.a.O. S. 59; Hellermann/Hermes, Gutachten Business Improvement Districts, Internet, a.a O S. 101, Hecker, a.a.O. S. 228 ff.). Dieses Beschaffungselement brachte bereits § 97 Abs. 1 GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114) mit der Formulierung zum Ausdruck: „Öffentliche Auftraggeber beschaffen Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der folgenden Vorschriften im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren“. Noch klarer hebt § 99 Abs. 1 GWB in der Fassung des Gesetzes vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 790) das Beschaffungserfordernis hervor.

Dem entspricht die Rechtsprechung des EuGH (vgl. Hecker, a.a.O. S. 232 ff.). Zwar hat der EuGH, Urt. v. 11.1.2005, C-26/03, Halle, Slg 2005 S. I-00001, Rn 26, entschieden, dass die Verpflichtung zur Vergabe öffentlichen Auftraggebern obliegt, ohne dass zwischen öffentlichen Aufträgen zu unterscheiden ist, die sie vergeben, um ihre Aufgabe zu

erfüllen, den Erfordernissen des Allgemeininteresses nachzukommen, und Aufträgen, die in keinem Zusammenhang mit dieser Aufgabe stehen. Dies besagt aber nicht, wie es anscheinend das OLG Düsseldorf (OLG Düsseldorf, Urt. v. 6.2.2008, NZBau 2008, 275; Urt. 13.6.2007, VergabeR 2007, 634; vgl. auch Genske, VergabeR 2008, 15; Köster, NZBau 2008, 300) angenommen hat, dass auf das Beschaffungselement zu verzichten ist. Der EuGH, 3. Kammer, Urt. vom 25.3.2010, C-451/08, NVwZ 2010, 565, Rn 47 ff hat die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf korrigiert. Nach dieser Entscheidung des EuGH setzt ein öffentlicher Bauauftrag im Sinne der Richtlinie 2004/18 voraus, dass die Bauleistung im unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des Auftraggebers ausgeführt wird. Es sei fraglich, ob diese Voraussetzung erfüllt sei, wenn mit den Bauleistungen ein im allgemeinen Interesse liegendes öffentliches Ziel erfüllt werden soll, für dessen Beachtung der öffentliche Auftraggeber zu sorgen hat, etwa die städtebauliche Entwicklung und Kohärenz eines kommunalen Ortsteils (EuGH, 3. Kammer, a.a.O. Rn 55). Die bloße Ausübung von städtebaulichen Regelungszuständigkeiten im Hinblick auf die Verwirklichung des allgemeinen Interesses ist nach dieser Rechtsprechung weder auf den Erhalt einer vertraglichen Leistung noch auf die Befriedigung des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses des öffentlichen Auftraggebers gerichtet (EuGH, 3. Kammer, a.a.O. Rn 57). Ein Investorenauswahlverfahren für die Bebauung eines zu veräußernden städtischen Grundstücks nach bestimmten städtebaulichen Aspekten ist danach nicht Gegenstand eines vergabepflichtigen öffentlichen Auftrags. Diese Erwägungen gelten für öffentliche Dienstleistungsaufträge entsprechend. An dem danach erforderlichen Merkmal der Erbringung der Dienstleistung im unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des öffentlichen Auftraggeber und somit dem „Beschaffungserfordernis“ fehlt es hier:

(2) Es leuchtet unmittelbar ein, dass die von der Beigeladenen zu betreibende Weihnachtsbeleuchtung (Kosten 565.200 Euro während der fünfjährigen Laufzeit des Vertrags) für die Einzelhändler und Grundeigentümer am Neuen Wall und nicht für die Beklagte in deren unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse durchgeführt wird. Traditionell finanzieren die Gemeinschaften der Einzelhändler aus Gründen der Werbung und des „Einkaufserlebnisses“ auf ihre Kosten die Weihnachtsbeleuchtung. Die Weihnachtsbeleuchtung stellt keine Aufgabe der Beklagten dar, die sie mit Hilfe des Vorhabenträgers erfüllt.

Gleiches gilt für die Leistungen der Servicegesellschaft. Mit der ihr übertragenen Aufgabe der Parkraumorganisation und dem Sicherheitsmanagement werden keine Aufgaben der Verkehrsüberwachung und der Straftaten- und Ordnungswidrigkeitenbekämpfung von der Polizei übernommen und für diese und damit in dem unmittelbaren Interesse der Beklagten wahrgenommen. Zwar sollen die Servicekräfte der Servicegesellschaft nach dem Vorbringen der Beigeladenen den ruhenden und fließenden Verkehr kontrollieren und organisieren, insbesondere durch Freihalten der Gehwege von Fahrzeugen, Freihalten der Ladezonen für Lieferanten und Kontrolle der Parkvorgänge auf eine Überschreitung der Parkhöchstdauer. Jedoch ist es, wie die mündliche Verhandlung ergeben hat, den Mitarbeitern verwehrt, Verwarnungsgelder zu verhängen oder verbotswidrig geparkte Fahrzeuge abschleppen zu lassen. Die Mitarbeiter der Servicegesellschaft können Fahrzeugführern oder Passanten oder auch Obdachlosen keine Weisungen erteilen. Derartige hoheitliche Tätigkeiten bleiben im Rahmen der Sicherheitspartnerschaft mit der Polizei Aufgabe der Polizei. Die zuständige Polizeiwache nimmt lediglich die Anzeigen der von ihr geschulten Mitarbeiter der Servicegesellschaft entgegen und leitet sie an die Bußgeldstelle zur Weiterbearbeitung weiter. Auch ordnen nicht die Mitarbeiter der Servicegesellschaft das Abschleppen verkehrswidrig geparkter Fahrzeuge an. Vielmehr treffen diese Anordnungen nur Polizeibeamte, die sich dafür vor Ort ein Bild von der Lage machen.

Auch nimmt die von der Beigeladenen beauftragte Servicegesellschaft keine Reinigungsaufgaben für die Stadtreinigung wahr. Die Stadtreinigung reinigt täglich mit 3 ihrer Mitarbeiter vor Geschäftsbeginn den Neuen Wall und kontrolliert am Nachmittag zusätzlich die Papierkörbe. Ihr Reinigungsumfang entspricht dem in anderen Einkaufsstraßen der Hamburger City. Die Servicegesellschaft hat nur zusätzliche Reinigungsaufgaben, wie die Reinigung der Pflanzkübel und Bänke etc. übernommen, die nicht zu den Aufgaben der öffentlichen Straßenreinigung gehören. Sie reinigt die Gehwege und die Fahrbahn lediglich zusätzlich zu den weiterhin erfolgenden Reinigungsarbeiten der Stadtreinigung. Entsprechendes gilt für die Bepflanzung und Pflege der Pflanzkübel, die - wie gerichtsbekannt ist - deutlich über den sonst in den Straßen der Hamburger Innenstadt üblichen Standard hinausgeht und die die Beklagte nicht aufgestellt hätte, wenn der Vorhabenträger sie nicht beschafft hätte. Vielmehr hat die Beklagte die Erteilung der Sondernutzungen für die Pflanzkübel vor den Geschäftseingängen, die Fahrradständer vor den Parkbuchten, die Bänke in den Kreuzungsbereichen und die großen Pflanztröge auf dem Bürgermeister-

Petersen-Platz ausweislich des § 3 des Vertrags vom 23. September 2005 von der Gewährleistung einer laufenden Reinigung und Instandhaltung abhängig gemacht.

Ebenso nimmt die Beigeladene mit dem von ihr der Servicegesellschaft übertragenen District-Management keine öffentlichen Aufgaben der Beklagten wahr. Der Districtmanager hat die Serviceleistungen zu koordinieren und zu überwachen. Er steht den Grundeigentümern und Mietern als zentraler Ansprechpartner zur Verfügung und hat regelmäßig Kontrollgänge wahrzunehmen, um Schäden und Verunreinigungen zu dokumentieren und die Sicherheitspartnerschaft mit Polizei und Behörden zu koordinieren.

Erst recht handelt es sich bei den Aufgaben „Konzeption und juristische Beratung“ (261.936 Euro), zu deren Kosten nicht die Aufwendungen aus der Vorphase vor der Bestellung der Beigeladenen zum Vorhabenträger zählen, ebenso wenig um Aufgaben der Beklagten wie bei den Positionen „Administration und Evaluation“ (Kosten 36.364 Euro) sowie „Marketing/Events und Kommunikation“ (169.500 Euro), die diese mit Hilfe der Beigeladenen erfüllt. Insoweit ist die Fallkonstellation nicht mit der Vergabe von Leistungen des Rettungsdienstes an private Träger zu vergleichen, die nach der Rechtsprechung des EuGH (EuGH, 3. Kammer, Urt. v. 29.4.2010, NVwZ 2010, 949) dem Vergaberecht unterfällt.

(3) Anders als im Falle der Vergabe der Aufgaben des Rettungsdienstes handelt es sich hier nicht um Aufgaben der der Beklagten obliegenden staatlichen Daseinsvorsorge, die die Beklagte mit Hilfe Privater erfüllt. Eine Beschaffung für die Beklagte liegt noch nicht deshalb vor, weil die Einrichtung des Innovationsbereichs Neuer Wall auch in dem öffentlichen Interesse der Wirtschaftsförderung und der Verbesserung der Einkaufsmöglichkeiten der Bevölkerung erfolgt und die Dienstleistungen auch im öffentlichen Interesse liegen. Denn die Beklagte würde die von dem Vorhabenträger zu erbringenden Dienstleistungen nicht selbst oder mit Hilfe Dritter bereitstellen, wenn diese nicht auf der Grundlage einer privaten Initiative angestoßen und bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auf Kosten der abgabepflichtigen Grundeigentümer finanziert würden. Das unterscheidet die Innovationsmaßnahmen von anderen ebenfalls nicht aus Gründen der Daseinsvorsorge erforderlichen aber wünschenswerten Aufgaben, die die Beklagte übernimmt und finanziert. Es handelt sich um Dienstleistungen, die sich die Beklagte nicht beschafft, um ihre öffentli-

chen Aufgaben zu erfüllen, sondern um privat finanzierte und privat durchgeführte Leistungen, die für sie lediglich „nice to have“ sind. Die Dienstleistungen haben in erster Linie die Verbesserung der „Geschäftslage“ eines urbanen Einzelhandels- und Dienstleistungszentrums zum Ziel. Sie erfolgen vornehmlich im Interesse der dortigen Grundeigentümer und für sie, nicht jedoch für die Beklagte.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Beklagte gemäß § 3 Abs. 2 GSED in der Rechtsverordnung die im Innovationsbereich zu ergreifenden Maßnahmen und damit auch die Dienstleistungen festlegt und diese verordnungsrechtliche Festlegung die Dienstleistungen zu öffentlichen Aufgaben mache. Eine derartige Betrachtungsweise würde Ursache und Wirkung vertauschen. Die Beklagte hat entsprechend § 3 Abs. 1 GSED in einem ersten Schritt mit der Beigeladenen am 23. September 2005 den Vertrag über die Umsetzung des Innovationsbereichs Neuer Wall geschlossen und erst danach in einem zweiten Schritt mit § 2 der Verordnung zur Einrichtung des Innovationsbereichs Neuer Wall vom 27. September 2005 die Ziele und Maßnahmen des Innovationsbereichs bestimmt. Voraussetzung für die Verfolgung dieser Ziele und die Festlegung der Maßnahmen war, dass sich der Vorhabenträger zuvor verpflichtet hatte, die Maßnahmen durchzuführen und dass diese über das Abgabenaufkommen der Grundeigentümer finanziert werden. Letztlich beschränkt sich die Rolle der Beklagten auf die hoheitliche Flankierung und Kontrolle privater Selbstorganisation (vgl. Schuppert, a.a.O. S. 57; Martini, DÖV 2008, 10). Verordnung und Abgabenerhebung bezwecken, den Kreis der Eigentümer zu bestimmen, die die Maßnahmen begünstigen sollen und ihnen die Kosten aufzuerlegen. Im Wege der Beitragserhebung verhindert die Beklagte im öffentlichen Interesse der Stärkung gewachsener urbaner Einzelhandels- und Dienstleistungszentren, dass sich einzelne Grundeigentümer nicht aus legitimen und verständlichen Gründen gegen die Abgabenlast wenden, sondern gleichsam als Trittbettfahrer der Finanzierung entziehen.

e.c. Außerdem sucht die Beklagte den Vorhabenträger nicht, wie es für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge typisch ist, selbst aus. Vielmehr kommt als Vorhabenträger nur in Betracht, wer in dem vor gelagerten Auswahlverfahren der Grundeigentümer Erfolg gehabt hat. Der von dem Trägerverbund Projekt Innenstadt e.V, den der Grundeigentümerversammlung Neuer Wall (GEV) und die Interessengemeinschaft Neuer Wall gebildet haben, getragene Lenkungskreis hat die Beigeladene in den Sitzungen vom 22.3.

2005, 5.4.2005, 8.6.2005 und 5.7.2005 ausgesucht und nicht die Beklagte. Zum Vorhabenträger kann nur bestellt werden, wer das erforderliche Zustimmungsquorum der Grundeigentümer hinter sich gebracht hat und deshalb in die Lage versetzt ist, einen Antrag auf Einrichtung des Innovationsbereiches mit ihm als Vorhabenträger zu stellen.

Diesen Überlegungen steht das Urteil des EuGH, Urt. v. 12.7.2001, C-399/98, Slg 2001 S. I-05409 Rn 71, zu dem Fall der Errichtung eines öffentlichen Zwecken dienenden Theaters durch den Grundeigentümer auf der Grundlage eines Erschließungsvertrages für die umfangreiche Erschließung eines Stadtviertels nicht entgegen. In jenem Fall hatte die Gemeindeverwaltung dem Grundeigentümer den Theaterbau dadurch „bezahlt“, dass sie den Wert dieser Bauleistung auf den von ihm zu tragenden „Erschließungsbeitrag“ anrechnete. Zwar kann nach diesem Urteil der Umstand, dass die Gemeindeverwaltung ihren Vertragspartner nicht wählen kann „allein...der zwischen der Gemeindeverwaltung und dem Bauherrn eingegangenen Rechtsbeziehung nicht ihren vertraglichen Charakter nehmen“. Hier zeigt die gebotene Gesamtwürdigung aber, dass das Vergaberecht nicht allein deshalb nicht passt, weil der private Lenkungskreis den Vorhabenträger ausgesucht hat, sondern vor allem weil, wie dargelegt, das erforderliche unmittelbare wirtschaftliche Interesse der Beklagten an der Beschaffung der Dienstleistungen fehlt. Ausgangspunkt für die Einrichtung eines Erneuerungsbereiches ist das private Engagement und die bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise private Finanzierung von privat durchgeführten Maßnahmen, die auch im öffentlichen Interesse liegen, und nicht das Bestreben der Beklagten, sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben kostengünstig private Leistungen zu beschaffen.

3. Es kann dahin stehen, ob die Beigeladene ihrerseits selbst ein öffentlicher Auftraggeber ist und sie bei der Beauftragung der Servicegesellschaft, der GmbH, das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge hätte einhalten müssen.

a. Allerdings spricht manches dafür, dass die Beigeladene den Auftrag für das „Districtmanagement“ über 1.405.600 Euro im Wege eines öffentlichen Vergabeverfahrens hätte vergeben müssen.

a.a. Gemäß § 98 Nr. 2 GWB können auch juristische Personen des Privatrechts öffentliche Auftraggeber sein, wenn sie zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allge-

meininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, wenn u.a. Gebietskörperschaften oder bestimmte andere juristische Personen des öffentlichen Rechts sie auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben. Insoweit gilt ein funktionaler Auftraggeberbegriff (Otting in Bechtold, KartellG, 2008, § 98 Rn 6; Kapellmann-Messerschmidt, VOB 3. Aufl. 2010, VOB/A § 1 a Rn 11).

Zwar spricht die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Beigeladenen, die als Bauunternehmen grundsätzlich mit Gewinnerzielungsabsicht arbeitet, dagegen, sie als öffentlichen Auftraggeber anzusehen. Wird ein Auftraggeber rein erwerbswirtschaftlich tätig, so ist bei der Auftragsvergabe eine Diskriminierung aus politischen Gründen unwahrscheinlich und wird er wie andere private Wirtschaftsteilnehmer tätig, für die das Vergaberecht nicht gilt (vgl. Otting a.a.O. Rn 11). Jedoch hat die Beigeladene gemäß § 8 Abs. 3 GSED die Einnahmen aus dem Abgabenaufkommen abgedockert von ihren eigenen Mitteln zu verwalten und darf sie sie treuhänderisch ausschließlich für Zwecke des Innovationsbereichs verwenden. Nicht verwendete Mittel hat der Aufgabenträger nach § 8 Abs. 4 GSED nach Außerkrafttreten der Verordnung zu erstatten. Wie § 7 Abs. 1 GSED zeigt, darf der Aufgabenträger lediglich einen angemessenen Gewinn für sich behalten und hat er deshalb anders als andere private Wirtschaftsteilnehmer kein Interesse an einer Gewinnmaximierung durch eine besonders kostengünstige Auftragsvergabe. Insoweit ist die Beigeladene nicht demselben Wettbewerbsdruck wie andere Privatunternehmen ausgesetzt (vgl. dazu Kapellmann-Messerschmidt, a.a.O., Rn 15). Auch überwacht die Handelskammer die ordnungsgemäße Geschäftsführung des Aufgabenträgers (§ 6 Abs. 3 GSED).

a.b. Ebenso erfüllt der Aufgabenträger im Allgemeininteresse liegende Aufgaben. Denn die Einrichtung des Innovationsbereichs und die Innovationsmaßnahmen dienen wie oben dargelegt dem öffentlichen Interesse, zur Förderung der Wirtschaft und zur Verbesserung der Versorgung der Bevölkerung mit Waren und Dienstleistungen gewachsene urbane Einzelhandels- und Dienstleistungszentren zu stärken.

a.c. Schließlich fehlt dem Auftrag der Beigeladenen an die Servicegesellschaft anders als der Beauftragung der Beigeladenen durch die Beklagte nicht das für die Annahme eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags erforderliche Beschaffungselement. Denn die Beigeladene hat die Servicegesellschaft, die GmbH, mit dem Districtmanagement

beauftragt, um ihre eigenen vertraglichen Verpflichtungen als Vorhabenträgerin zu erfüllen (vgl. zum Ganzen Hellermann/Hermes, Gutachten Rechtliche Zulässigkeit der Schaffung von „Business Improvement Districts“, Internet a.a.O., S. 91 ff).

b. Die Frage, ob die Beigeladene gleichwohl kein öffentlicher Aufgabenträger ist, weil sie ihre Kosten für die Innovationsmaßnahmen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise aus den Abgaben der Grundeigentümer und nicht aus öffentlichen Mitteln finanziert, kann offen bleiben. Denn ein etwaiger Verstoß der Beigeladenen gegen das Vergaberecht schlägt nicht auf die Rechtmäßigkeit der Abgabenerhebung durch.

Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 GSED deckt die Abgabe den „entstehenden“ Aufwand des Aufgabenträgers. Anders als z. B. im Wegebaubeitragsrecht wird nicht der entstandene Aufwand, sondern der erst noch entstehende Aufwand auf die Grundeigentümer umgelegt. Dieser zukünftige Aufwand und nicht der später tatsächlich auflaufende Aufwand des Vorhabenträgers ist Grundlage für die Berechnung des Hebesatzes in der Verordnung über die Einrichtung des Innovationsbereichs nach § 3 Abs. 2 GSED. Dies bestätigt der Blick auf § 7 Abs. 5 GSED. Danach wird die Abgabe für die Dauer der Einrichtung des Innovationsbereichs festgesetzt und in auf jeweils ein Jahr bezogenen Teilbeträgen zu Beginn jedes Abrechnungsjahres fällig. Da der voraussichtlich künftig anfallende Aufwand umzulegen ist, können Fehler des Vorhabenträgers bei der späteren tatsächlichen Verwendung der Gelder, wie bei der Beauftragung von Subunternehmen, nicht auf die Rechtmäßigkeit der vor der Fehlerbegehung entstandenen Abgabe zurückwirken.

Insoweit kann offenbleiben, ob der Klägerin aus dem Vertrag über die Durchführung des Innovationsbereichs ein Anspruch auf anteilige Rückerstattung nicht verwendeter oder schuldhaft „verschwendeter“ Mittel gegen die Beigeladene zusteht oder ob die Beklagte die ihr von der Beigeladenen nach § 8 Abs. 4 Satz 1 GSED zu erstattenden Mittel nach pflichtgemäßen Ermessen an die Abgabenschuldner auszukehren hat. Ein derartiger Anspruch, der allenfalls mit dem Ablauf der Laufzeit des Innovationsbereichs entstehen kann und dessen Bezifferung die dann von der Beigeladenen zu erstellende Schlussabrechnung voraussetzen dürfte, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

4. Schließlich ist der Abgabenbescheid auch nicht deshalb rechtswidrig, weil die Beklagte den Auftrag für die Bauarbeiten, der den vergaberechtlichen Schwellenwert nicht erreicht, nicht nach § 55 LHO öffentlich ausgeschrieben hat. Gemäß § 55 LHO muss der Vergabe keine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, wenn die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Derartige Gründe für eine Ausnahme sind hier gegeben. Denn zum Vorhabenträger kann nur bestellt werden, wer zuvor das Vertrauen der Grundeigentümer errungen und das erforderliche Zustimmungsquorum erreicht hat.

E.

Das Vorbringen der Klägerin überzeugt nicht, der Vertrag mit der Beigeladenen über die Umsetzung des Innovationsbereichs Neuer Wall sei mit den Anforderungen an öffentlich-rechtliche Austauschverträge aus den §§ 54 ff HmbVwVfG nicht vereinbar. Denn die Beklagte habe sich gegenüber der Beigeladenen nicht zu einer Gegenleistung verpflichtet, die zu einer Prüfung der Angemessenheit herangezogen werden könne. Die Regelung des § 56 HmbVwVfG zu den Anforderungen an Austauschverträge ist nicht einschlägig. Der Gesetzgeber hat selbst in § 3 Abs. 1 GSED entschieden, dass sich der Aufgabenträger in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag verpflichten kann, die sich aus dem GSED und dem Maßnahmen- und Finanzierungskonzept ergebenden Verpflichtungen, Ziele und Aufgaben umzusetzen. Diese spezielle Regelung geht der allgemeinen Vorschrift des § 56 HmbVwVfG vor.

F.

Der Abgabenbescheid ist nicht deshalb rechtswidrig, weil § 4 InnBerNWaIV a.F. den Hebesatz in DM statt in Euro auf 0,04296517 festgesetzt hat. Es kann dahin stehen, ob dieser Mangel zur Nichtigkeit der Verordnung führt, wie das Verwaltungsgericht angenommen und wozu das Bundesverwaltungsgericht in einem richterlichen Hinweis vom 22. September 2009 in dem Verfahren BVerwG 9 C 11.08 = VG Hamburg 13 K 3305/06 geneigt hat. Ob wegen der Ausweisung des Hebesatzes in DM ein zur Nichtigkeit der Ver-

ordnung führender Mangel vorliegt, obgleich sich der Fehler – wie hier - bei der Abgabenerhebung in Euro nicht auswirkt, erscheint zweifelhaft. Darauf kommt es aber nicht an. Denn jedenfalls hat die Beklagte diesen Mangel mit Erlass der Verordnung zur Änderung der Verordnung zur Einrichtung des Innovationsbereichs Neuer Wall vom 5. Mai 2009 (HmbGVBl. S. 122) geheilt. § 1 dieser Verordnung setzt den Hebesatz auf 0,08403260 Euro fest. Gemäß ihres § 2 tritt diese Verordnung mit Wirkung vom 1. Oktober 2005 in Kraft. Es bestehen keine durchgreifenden Bedenken dagegen, diese Heilung im anhängigen Verfahren zu berücksichtigen.

1. Grundsätzlich ist maßgeblich, ob der Abgabenbescheid in dem Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Berufungsgerichts auf eine gültige Ermächtigungsgrundlage zurückgeführt werden kann. Es liefe auf eine unnötige Förmerei hinaus, einen derartigen Abgabenbescheid aufzuheben, weil ihm zum Zeitpunkt der Widerspruchsentscheidung die erforderliche Ermächtigungsgrundlage fehlte, obgleich er sogleich erneut erlassen werden müsste (vgl. BVerwG, Urt. vom 27.4.1990, NVwZ 1991, 360). Im Erschließungsbeitragsrecht ist anerkannt, dass die Gemeinde beispielsweise rückwirkend Mängel in ihrer Beitragssatzung, die den Verteilungsmaßstab betreffen, heilen kann (vgl. Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Aufl., § 11 Rn 70 ff.; BVerwG, Urt. vom 25.11.1981, BVerwGE 64, 218). Dass hier die Änderungsverordnung auch die vor ihrem Erlass ergangenen Abgabenbescheide erfassen soll, verdeutlicht ihr auf den 1. Oktober 2005 datiertes Datum des Inkrafttretens. Eine Rückwirkung sieht das Bundesverwaltungsgericht in einer solchen im Laufe des gerichtlichen Verfahrens eintretenden Heilung grundsätzlich nicht (vgl. BVerwG, Urt. vom 25.11.1981, BVerwGE 64, 218; Urt. vom 27.4.1990, NVwZ 1991, 360; Driehaus a.a.O.).

2. Eine Rückwirkung liegt aber dann vor, wenn in dem Zeitraum zwischen dem Erlass des Widerspruchsbescheids und dem Erlass der heilenden Änderungsverordnung ein Eigentümerwechsel stattgefunden hat (vgl. Driehaus, a.a.O., Rn 71). Denn in einem solchen Fall könnte der ursprüngliche Eigentümer ohne Rückwirkungsanordnung zu keinem Zeitpunkt in Anspruch genommen werden. So liegt es hier. Zwar war die Klägerin noch zum Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchbescheids vom 26. Mai 2006 Grundstückseigentümerin. Die Erwerberin ist aber bereits zum 16. Juli 2007 in das Grundbuch einge-

tragen worden und hat damit das Eigentum vor Erlass der heilenden Änderungsverordnung vom 5. Mai 2009 erworben.

Die Rückwirkung ist aber lediglich an den Anforderungen der sog. unechten Rückwirkung und nicht der echten Rückwirkung zu messen. Denn der geregelte Sachverhalt war zum Zeitpunkt des Erlasses der „Heilungsverordnung“ noch nicht abgeschlossen (vgl. BVerfG, Beschl. vom 3.9.2009, NVwZ 2010, 313). Es überzeugt nicht, wenn die Klägerin vorträgt, ihr ehemaliges Grundstück habe in der Zeit bis zu seiner Veräußerung einen abgeschlossenen Wertzuwachs erfahren, weil es wegen der Fehlerhaftigkeit der ersten Verordnung zur Einrichtung des Innovationsbereichs Neuer Wall vom 27. September 2005 beitragsfrei geworden sei. Die Beklagte hatte die Klägerin bereits verklagt, als sie noch Eigentümerin war, und der von ihr eingeleitete Anfechtungsrechtsstreit war noch anhängig.

Den an eine unechte Rückwirkung zu stellenden Anforderungen genügt die Rückwirkungsanordnung auf den 1. Oktober 2005 in § 2 der genannten Änderungsverordnung. Weder die Klägerin noch die anderen Abgabenschuldner konnten schutzwürdig darauf vertrauen, dass die Abgabenerhebung an einem nur formalen Fehler in der Verordnung zur Einrichtung des Innovationsbereichs Neuer Wall scheitern würde. Die Klägerin hat auch nicht vertraut. Denn sie hat in § 3 ihres Grundstückkaufvertrages vereinbart, dass der Käufer ab Übergabetag die Verpflichtungen aus dem Abgabenbescheid mit schuldbeeindernder Wirkung für die Klägerin übernimmt, sie der Erwerber im Innenverhältnis ab dem Übergabetag des Grundstücks von der Abgabenerhebung freistellt und sie, die Verkäuferin, berechtigt ist, das Gerichtsverfahren auf eigene Kosten fortzuführen. Eine von der Klägerin bereits gezahlte Abgabe hat der Käufer ihr danach zu erstatten, sofern sie einen nach der Übergabe des Grundstücks liegenden Zeitraum betrifft. Gegenüber dem nicht schutzwürdigen Interesse der Klägerin, dass der formale Fehler der Festsetzung des Hebesatzes in DM statt in Euro nicht nachträglich geheilt wird, überwiegt das öffentliche Interesse an der Erhebung der Abgabe (vgl. für die rückwirkende Heilung von Erschließungsbeitragssatzungen BVerwG, Urt. vom 28.11.1975, BVerwGE 50, 2; Driehaus, a.a.O., Rn 72).

Ein anderes Ergebnis ergibt sich auch nicht, wenn mit der Rechtsprechung des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Urt. v. 5.2.2004, BVerfGE 109, 133; Beschl.

vom 14.5.1986, BVerfGE 72, 200) danach unterschieden wird, ob es sich um eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen oder eine tatbestandliche Rückanknüpfung handelt. Eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen muss sich vorrangig an den allgemeinen rechtsstaatlichen Gründen, insbesondere dem Vertrauensschutz und der Rechtssicherheit messen lassen. Denn sie betrifft allein die zeitliche Zuordnung der normativ angeordneten Rechtsfolgen auf einen Zeitpunkt vor Verkündung der Norm. Sie ist in der Regel unzulässig. Die tatbestandliche Rückanknüpfung macht hingegen ähnlich wie die unechte Rückwirkung den Eintritt ihrer Rechtsfolgen von Gegebenheiten vor Verkündung der Norm abhängig. Ihre Rechtsfolgen treten erst nach Verkündung der Norm ein. Sie unterliegt weniger strengen Anforderungen.

Hier spricht zwar der Wortlaut des § 2 der genannten Änderungsverordnung vom 5. Mai 2009 für eine Rückbewirkung, da danach die Verordnung bereits zum 1. Oktober 2005 in Kraft treten soll. Jedoch setzt die genannte Änderungsverordnung nicht rückwirkend für die Vergangenheit erstmals einen Innovationsbereich und einen Hebesatz fest. Der Innovationsbereich Neuer Wall und der Hebesatz waren bereits mit der Verordnung zur Einrichtung des Innovationsbereichs Neuer Wall vom 27. September 2005 festgesetzt und damit die Rechtsfolgen selbst im Falle einer Nichtigkeit der Hebesatzfestsetzung ins Werk gesetzt worden, bevor die Änderungsverordnung erging. Der Sinn der Änderungsverordnung liegt allein darin, einen möglichen formalen Fehler in der genannten Verordnung vom 27. September 2005 zu heilen. Die Änderungsverordnung knüpft lediglich an diesen in der Vergangenheit liegenden Fehler und die in der Vergangenheit bereits erfolgte Veranlagung an, um diesen Fehler nachträglich zu heilen. Diese Heilungswirkung tritt mit Erlass der Änderungsverordnung ein und erfasst auch die zuvor vor Erlass der Änderungsverordnung erlassenen Abgabenbescheide. Das ist zulässig.

G.

Die Beklagte hat die Abgabe verfahrensfehlerfrei festgesetzt und zutreffend berechnet.

1. Die Beklagte hat den Innovationsbereich Neuer Wall in dem dafür gesetzlich vorgesehenen Verfahren errichtet und insbesondere die Antragsunterlagen der Beigeladenen

ausgelegt (Amtl. Anz. 2005 S. 1422). Es ist nichts dafür vorgetragen oder sonst ersichtlich, dass die Antragsunterlagen unvollständig ausgelegt worden sein könnten. Entgegen der Auffassung der Klägerin musste der Vertrag über die Umsetzung des Innovationsbereichs Neuer Wall vom 23. September 2005 schon deshalb nicht ausgelegt werden, weil nach § 5 Abs. 3 GSED nur die Antragsunterlagen auszulegen waren und der Vertrag erst nach der Auslegung abgeschlossen werden konnte.

Ferner hat das erforderliche Zustimmungsquorum von 15 % der Eigentümer und der Grundstücksflächen (§ 5 Abs. 1 GSED) vorgelegen. Auch haben nicht ein Drittel der Grundeigentümer bzw. der Eigentümer von einem Drittel der Grundstücksflächen widersprochen, so dass die Errichtung des Innovationsbereichs nicht an § 5 Abs. 8 GSED scheitert.

2. Der Hebesatz ist auch zutreffend gemäß § 7 Abs. 1 Satz 3 GSED aus dem Quotienten aus dem entstehenden Aufwand von 5.996.000 Euro und der Summe der Einheitswerte der die Beitragspflicht begründenden Grundstücke von 71.353.287,88 Euro berechnet und mit § 1 der Zweiten Verordnung zur Änderung der Verordnung zur Einrichtung des Innovationsbereichs Neuer Wall auf 0,08403260 Euro festgesetzt.

Es ist nichts dafür ersichtlich oder vorgetragen, dass diese Kosten von vornherein zu hoch angesetzt waren. Insbesondere sind die vor der Bestellung des Vorhabenträgers bereits angefallenen Kosten, wie die für die Rechtsberatung nicht in das Maßnahmen- und Finanzierungskonzept und die darin enthaltenen Kosten für die Konzeption und juristische Beratung eingearbeitet, das Grundlage für die Bestimmung des entstehenden Aufwandes war. Dies hat eine Nachfrage des Gerichts ergeben. Auch die Klägerin ist der von dem Gericht erbetenen Erläuterung der einzelnen Kostenpositionen nicht entgegengetreten. Allein aus dem Umstand, dass die Beigeladenen voraussichtlich einen nennenswerten Teil des Gesamtbudget nicht in Anspruch nehmen und daher erstatten wird, kann nicht geschlossen werden, dass die Kosten von vornherein rechtsfehlerhaft überhöht prognostiziert worden sind.

Auch ist nichts dafür vorgetragen oder sonst ersichtlich, dass die Beklagte Grundstücke fehlerhaft nicht in Berechnung eingestellt haben könnte. Die Abgrenzung der in dem La-

geplan zu der Verordnung zur Änderung der Verordnung zur Errichtung des Innovationsbereichs Neuer Wall vom 21. März 2006 (HmbGVBl. S. 137) und in dem Lageplan zu der InnBerNWaIIVO a.F. verzeichneten Anliegergrundstücke am Neuen Wall bereitet keine Probleme. Auch ist weder geltend gemacht noch sonst irgendetwas dafür ersichtlich, dass die Beklagte einzelne Grundstücke mit einem zu niedrigen Einheitswert in die Berechnung des Hebesatzes eingestellt haben könnte. Die in der Sachakte B enthaltene Grundstücksliste sowie die von dem Finanzamt für Verkehrssteuern und Grundbesitz mitgeteilten Einheitswerte geben keinen Anlass zu Zweifeln.

Ebenso hat die Beklagte die Abgabe richtig gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 GSED aus dem Produkt des Einheitswertes des klägerischen Grundstücks von in Euro umgerechnet 2.123.957,60 und des Hebesatzes errechnet und den Betrag von 178.481,61 Euro entsprechend der Geltungsdauer des Innovationsbereichs auf 5 Jahresraten verteilt. Mit 178.481,61 Euro überschreitet die Abgabe nicht die Höchstgrenze von 10 % des Einheitswerts (§ 7 Abs. 1 Satz 3 GSED).

II.

1. Das Gericht hatte der Klägerin auch keine Erwidierungsfrist zu dem von der Beigeladenen eingereichten Schriftsatz vom 24. August 2010 einzuräumen. Der Schriftsatz enthält kein neues tatsächliches Vorbringen, auf das sich die Klägerin nicht hätte einstellen können. Schon vor der Beantwortung der der Klägerin mitgeteilten gerichtlichen Anfrage vom 10. August 2010 lag nahe, dass die Beigeladene die GmbH nicht auf der Grundlage eines Vergabeverfahrens mit den Aufgaben der Servicegesellschaft betraut hat. Die Klägerin war bereits mit richterlicher Verfügung vom 5. Juli 2010 darauf hingewiesen worden, dass der Senat im August/September verhandeln wollte. In der mündlichen Verhandlung hat der Prozessbevollmächtigte nach der ausführlichen Erörterung des Sach- und Streitstands und der Rechtslage erklärt, dass er schriftsätzlich keine weiteren Gesichtspunkte vortragen könne.

2. Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Es entspricht der Billigkeit, die außergerichtlichen Kosten des erst im Berufungsverfahren beigeladenen

Vorhabenträgers nach § 162 Abs. 3 VwGO der Klägerin aufzuerlegen. Denn die Beigeladene hat sich mit der Stellung ihres Berufungsantrags in das Kostenrisiko begeben. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO i.V.m. § 167 VwGO. Die Revision war gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache zuzulassen.