

# Andreas Fisahn/Regina Viotto

## Formalisierung des informalen Rechtsstaats

*Im modernen Rechtsstaat ist die öffentliche Sphäre von der privaten grund-sätzlich getrennt. Der öffentlichen Sphäre ist das Interesse der Allgemeinheit zugeordnet, der privaten die besonderen (Einzel-)Interessen. Die Trennung macht es möglich, einerseits die individuellen Rechte des Einzelnen zu schützen, und andererseits diese Rechte im Interesse der Anderen, der Allgemeinheit zu begrenzen. Zudem erlaubt sie, allgemeine Interessen über demokratische Verfahren erst zu bestimmen. Nun ist es seit langem Realität, dass die Trennung von Öffentlichem und Privatem durch informale Absprachen zwischen Exekutive und einflussreichen Privaten durchbrochen wird. Neu ist allerdings ein Phänomen, das die Autoren mit dem Begriff »Formalisierung des informalen Rechtsstaats« beschreiben: Die Vermischung von Öffentlichem und Privatem, der privilegierte Einfluss einzelner Privater auf das Öffentliche wird institutionalisiert und legalisiert. Aufgezeigt wird dies anhand von drei Beispielen: Zum einen wird die Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie in nationales Recht und dort die Ausgestaltung der aktiven Beteiligung »interessierter Stellen« in Form von »Expertengremien« thematisiert; zum anderen wird die Organisation der teilprivatisierten Wasserwirtschaft in Berlin und Bremen untersucht, die es Wasserkonzernen ermöglicht, Staatsgewalt auszuüben und ihren Einfluss rechtlich verbindlich macht. Zu guter Letzt wird das aus den USA stammende Konzept der »Selbstverwaltung« von Eigentümern in sogenannten »Business Improvement Districts« erläutert, das es Eigentümern – unter Ausschluss von, aber mit Wirkung für Nichteigentümer – erlaubt, Maßnahmen zur Steigerung der Attraktivität bestimmter Stadtviertel zu treffen. Gemeinsam ist allen drei Beispielen, dass eine neue formalisierte Verflechtung von Privatem und Öffentlichem institutionalisiert wird. Besondere privilegierte Interessen bemächtigen sich der staatlichen Entscheidungsebene und usurpieren das Gemeinwohl. Demokratische Prozesse werden auf diese Weise oligarchisiert.*

### I. Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie – privater Einfluss auf die allgemeine Wasserbewirtschaftung

#### 1. Einleitung und Ausgangslage

Die Aarhus-Konvention,<sup>1</sup> deren europarechtliche Umsetzung und die Wasserrahmenrichtlinie<sup>2</sup> haben neue Akzente bei der Ausgestaltung und der Funktionsweise der Öffentlichkeitsbeteiligung gesetzt. Am Beispiel der Umsetzung der

<sup>1</sup> Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu den Gerichten in Umweltangelegenheiten; <http://www.bmu.de/files/aarhus.pdf>.

<sup>2</sup> Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik.

Wasserrahmenrichtlinie (I) – gegen die oder zumindest neben der Intention der inter- und supranationalen »Gesetzgeber« – soll die These exemplifiziert werden, dass es Ansätze zu einer Formalisierung des »informalen Rechtsstaats«<sup>3</sup> gibt. Diese These wird weiter exemplifiziert durch einen Blick auf die Organisation der Wasserwirtschaft in den Bundesländern Berlin und Bremen (II), die abschließend durch eine Diskussion der sog. Business Improvement Districts behandelt wird (III). Die Formalisierung des informalen Rechtsstaates wirft die Frage nach dem Verhältnis von staatlicher, zivilgesellschaftlicher und demokratischer Bestimmung des Allgemeinwohls sowie der Trennung des Öffentlichen und Privaten auf und lässt Tendenzen erkennen, dass sich der Staat neu organisiert und definiert.

Während die Öffentlichkeitsbeteiligung in Deutschland in den 1990er Jahren im Zuge der sog. Beschleunigungsgesetzgebung<sup>4</sup> als Verfahrenshindernis kritisiert und z.T. zurechtgestutzt und abgebaut wurde, lässt sich Ende der 1990er Jahre auf internationaler und europäischer Ebene ein gegenteiliger Trend ausmachen: Die Öffentlichkeitsbeteiligung wird gestärkt. Ein Meilenstein ist dabei die Aarhus Konvention von 1998.<sup>5</sup> Mit ihr verpflichten sich die Unterzeichnerstaaten, ihre Bürger über Umweltangelegenheiten zu informieren, ihnen den Zugang zu den Gerichten zu eröffnen und sie an Genehmigungen von umweltschädlichen Vorhaben zu beteiligen.

Eine Öffentlichkeitsbeteiligung soll stattfinden, wenn Projekte genehmigt werden, von denen zu erwarten ist, dass sie sich schädlich auf die Umwelt auswirken. In einem zentralen Punkt geht die Konvention über die bestehende Rechtslage in Deutschland hinaus. Praxis der Beteiligung in Deutschland ist, dass die Genehmigungsbehörde vom Vorhabensträger sämtliche relevanten Unterlagen besorgt und erst dann, wenn die Sache gleichsam genehmigungsreif ist, die Öffentlichkeit beteiligt wird.<sup>6</sup> Das Problem dieses Vorgehens ist, dass eine informelle Vorentscheidung der Behörde anzunehmen ist; sie hat mit dem Vorhabensträger schon geklärt, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit der Antrag genehmigt werden kann.<sup>7</sup> Weil alle Unterlagen vorliegen, geht sie regelmäßig davon aus, dass die Sache genehmigt werden kann, dann erst wird die Öffentlichkeit beteiligt und es wird geschaut, ob es unerwartete Gegenargumente gibt, die man – so funktioniert die Psyche – natürlich nicht gern hört.<sup>8</sup>

## *2. Zum Begriff des informalen Rechtsstaats*

Diese Vorgehensweise bildet ein Beispiel unter anderen für ein Phänomen, das Eberhard Bohne in seinem gleichnamigen Buch den »informalen Rechtsstaat« nennt. Im Bereich des Gesetzesvollzugs soll in der Konzeption des Rechtsstaates die rechtliche Formalisierung vor allem durch Verwaltungsakt und zum Teil auch durch Verwaltungsvertrag geschehen. Faktisch, das zeigt Bohne, ist ein

3 Vgl. Bohne, E., Der informale Rechtsstaat, Berlin 1981.

4 Vgl. hierzu Dose, N./Holznagel, B./Weber, V., Beschleunigung von Genehmigungsverfahren, Bonn 1994; Jacoby, H., Die Beschleunigung von Verwaltungsverfahren und das Verfassungsrecht, Frankfurt a.M. 1996; Ziekow, J. (Hrsg.), Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, Berlin 1998, S.107; Fisahn, A., Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, Tübingen 2002, S. 280 ff.

5 Vgl. Zschiesche, M., Die Aarhus-Konvention – mehr Bürgerbeteiligung durch umweltrechtliche Standards, ZUR 2001, S.177; Fisahn, A., Effektive Beteiligung solange noch alle Optionen offen sind – Öffentlichkeitsbeteiligung nach der Aarhus-Konvention, ZUR 2004, S.136 ff.

6 Vgl. etwa § 10 II BImSchG.

7 Daher wird in der Bürgerbeteiligung z. T. nur eine »Alibifunktion« erblickt, so Mayer-Tasch, P. C., Atomenergie – Und sie bedroht uns doch, ZRP 1979, S.62.

8 Die Aarhus-Konvention fordert demgegenüber ausdrücklich eine frühzeitige Bekanntmachung des Projekts, zu den Details siehe Punkt I 3.

beträchtlicher Teil des Verwaltungshandelns gerade kein rechtsförmliches, sondern informales Handeln. Im Gegensatz zu formalen Handlungen, »die durch rechtliche Regelungen erfasst werden,« bezeichnet der Begriff »informal« »rechtlich nicht geregelte Verhaltensweisen, die vom Handelnden anstelle rechtlich geregelter Verhaltensweisen gewählt werden und somit in faktischer Hinsicht eine Alternative zu formalen Handlungen bilden.«<sup>9</sup>

Anhand der Öffentlichkeitsbeteiligung im Immissionsschutzrecht zeigt Bohne Beispiele informalen Verwaltungshandelns. So werden oftmals vor dem eigentlichen, rechtlich geregelten Genehmigungsverfahren Vorverhandlungen mit dem Betreiber geführt, die die Weichen stellen für die Genehmigungsentscheidung.<sup>10</sup> Es findet eine Entscheidungsverlagerung statt; die Entscheidung wird nicht im vom Gesetz vorgesehenen formalen Genehmigungsverfahren getroffen, sondern – in nicht unwesentlichen Teilen – bereits im Stadium der informalen Vorverhandlungen. Zwar binden die Vorverhandlungen die Behörde nicht in rechtlicher Hinsicht; hingegen kann in faktischer Hinsicht eine Bindungswirkung ausgemacht werden. Folge dieser Entscheidungsverlagerung ist, dass die Bürgeranhörung im eigentlichen Genehmigungsverfahren kaum noch Chancen auf Änderung hat.<sup>11</sup>

Informales Verwaltungshandeln führt zu Konflikten mit dem Rechtsstaatsprinzip. Da der »einfache« Bürger zumeist keinen Zugang zu der Ebene des informalen Verwaltungshandelns hat, sondern hauptsächlich wirtschaftlich oder politisch einflussreiche Akteure, sieht Bohne u.a. einen Verstoß gegen Art. 3 GG. Das dem informalen Verwaltungshandeln innewohnende Prinzip der Entscheidungsverlagerung gerät mit dem Rechtsstaat in Konflikt, da es zu Legitimitätsdefiziten führt. Die demokratischen Verfahren der Entscheidungsfindung laufen leer, »wenn der Bürger – oft zu Recht – argwöhnen muss, dass die inhaltlichen Entscheidungen bereits ›hinter den Kulissen‹ getroffen sind.« Es kommt zu einem Verlust an prozessualer demokratischer Legitimation.<sup>12</sup> Das Prinzip der rechtlichen Unverbindlichkeit bzw. Formlosigkeit führt zur Vermeidung von wirksamer Kontrolle informalen Verwaltungshandelns durch die Gerichte, da wirksame Kontrollen ein Mindestmaß an Förmlichkeit benötigen. Der Sachverhalt lässt sich aus den Akten nicht eindeutig ermitteln, informale Verhandlungen werden oftmals mündlich geführt. Schließlich werden auch durch den Ausschluss Dritter von den informalen Verhandlungen deren Rechtsschutzmöglichkeit beeinträchtigt, da diese in einen Informationsrückstand und eine Beweisnot geraten, die sie faktisch von gerichtlichen Prozessen abhalten. Dies ist nicht nur eine unerwünschte Nebenwirkung, sondern im Gegenteil Zweck des Ganzen: »In dieser Beschneidung der Erfolgsaussichten von Dritt-klagen«, so Bohne, »liegt nicht selten der Sinn informaler Handlungsstrategien.«<sup>13</sup>

Informales Verwaltungshandeln durchbricht die Trennung von Öffentlichem und Privatem, da hier auf informalem Wege wenige einflussreiche Private die Allgemeininteressen mitdefinieren, oder: ihre Interessen in privilegierter Weise in die Bestimmung der Allgemeininteressen einfließt. Die Durchbrechung der rechtsstaatlichen Trennung beider Sphären wirkt schließlich zurück auf das Konzept der demokratischen Bestimmung der allgemeinen Interessen.

<sup>9</sup> Bohne, (Fn. 3), S.46.

<sup>10</sup> Bohne, (Fn. 3), S.50.

<sup>11</sup> Bohne, (Fn. 3), S.68.

<sup>12</sup> Bohne, (Fn. 3), S.230.

<sup>13</sup> Bohne, (Fn. 3), S.234.

Als Antwort auf die informalen Prozesse bei Genehmigungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung wurde im deutschen Baurecht, aber nur dort, die frühzeitige Bürgerbeteiligung<sup>14</sup> eingefügt, d.h. vor Erstellung des Plans werden die Bürger über die Planungsgrundzüge informiert und können dazu Stellung nehmen. Die Aarhus-Konvention reagiert in ähnlicher Form auf die informellen Absprachen und fordert (Art. 6), dass die Öffentlichkeit durch zweckmäßige Bekanntmachung »in sachgerechter, rechtzeitiger und effektiver Weise frühzeitig« über das Projekt informiert wird.<sup>15</sup>

Nach der Aarhus-Konvention soll die Öffentlichkeit u.a. informiert werden über »die geplante Tätigkeit und den Antrag«, über das vorgesehene Verfahren einschließlich des Beginns des Verfahrens und den Möglichkeiten, sich zu beteiligen. Zentral ist die Vorschrift in Art. 6 Abs. 4 der Konvention. Danach sollen die Vertragsparteien für eine »frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung zu einem Zeitpunkt, zu dem alle Optionen noch offen sind und eine effektive Öffentlichkeitsbeteiligung stattfinden kann«, sorgen. Die RL 2003/35/EG zur Umsetzung der Aarhus-Konvention stellt hinsichtlich des Zeitpunktes der Beteiligung bei Plänen und Programmen und im Rahmen einer Umweltverträglichkeitsprüfung ebenfalls auf die »offenen Optionen« ab, ergänzt dies durch den Satzteil: »bevor Entscheidungen ... getroffen wurden.«<sup>16</sup> Gemeint kann hier nur eine informelle Entscheidung oder Vorentscheidung sein. Öffentlichkeitsbeteiligung »zu einem Zeitpunkt, zu dem alle Optionen noch offen sind«, kann nur bedeuten, dass eine Beteiligung stattfindet, bevor informell zwischen Behörden und Betreibern oder Antragstellern ein Stand der Beratungen erreicht ist, der das Projekt als genehmigungsreif erachtet und es ausschließt, dass Alternativen gesucht werden oder Belange in der Abwägung anders gewichtet werden. Kurzum: Die Aarhus Konvention lässt sich – jedenfalls auch – als Antwort auf den informalen Rechtsstaat verstehen. Die informellen Absprachen sollen zivilgesellschaftlich kontrolliert oder das informelle Verwaltungshandeln durchkreuzt werden.

#### *4. Beteiligung nach der Wasserrahmenrichtlinie – ein Kommunikations- und ein Arbeitsprozess*

Die Wasserrahmenrichtlinie enthält in Art. 14 eine Regelung zur Öffentlichkeitsbeteiligung, die sich von der in Deutschland bisher üblichen, aus dem Enteignungsverfahren und der Planfeststellung entstandenen Verfahren unterscheidet.<sup>17</sup> Dort heißt es:

»(1) Die Mitgliedstaaten fördern die aktive Beteiligung aller interessierten Stellen an der Umsetzung dieser Richtlinie, insbesondere an der Aufstellung, Überprüfung und Aktualisierung der Bewirtschaftungspläne für die Einzugsgebiete.

Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass sie für jede Flussgebietseinheit folgendes veröffentlichen und der Öffentlichkeit, einschließlich den Nutzern, zugänglich machen, damit diese Stellung nehmen kann: ...«

<sup>14</sup> Vgl. Blümel, W. (Hrsg.), Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen, Berlin 1982, *passim*; Fisahn, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, Tübingen 2002, S. 192 ff.

<sup>15</sup> Vgl. Ekardt, F./ Pöhlmann, K., Europäische Klagebefugnis: Öffentlichkeitsrichtlinie, Klagegerichtsrichtlinie und ihre Folgen, NVwZ 2005, 532 ff; Danwitz, Th. v., Aarhus-Konvention: Umweltinformation, Öffentlichkeitsbeteiligung, Zugang zu den Gerichten, NVwZ 2004, 272 ff; Schlaake, S., Aarhus-Konvention – Quo vadis?, ZUR 2004, 129 ff.

<sup>16</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. b; Art. 3 Nr. 4 IV.

<sup>17</sup> Seidel, W./ Rechenberg, J., Rechtliche Aspekte des integrativen Gewässermanagements in Deutschland, ZUR 2004, 221.

Diese Vorschrift wird nun so interpretiert, dass der zweite Satz ein Auslegungs- und Einwendungsverfahren vorschreibt, das sich allerdings durch eine gestufte und sehr frühzeitige Beteiligung der Öffentlichkeit auszeichnet, die in der Vorschrift sehr präzise normiert wird. Adressat dieser Vorschrift ist die breite Öffentlichkeit oder jeder Interessierte. Der erste Satz sieht dagegen eine darüber hinausgehende Beteiligung, nämlich die »aktive Beteiligung« aller interessierten Stellen vor.<sup>18</sup> Wie diese Form der Beteiligung aussehen soll, wird nicht normiert und den Mitgliedstaaten überlassen.<sup>19</sup> Die Vorschrift lässt sich so interpretieren, dass im zweiten Satz Beteiligung in Form der Kommunikation stattfinden soll – die Wasserpläne werden mit der Öffentlichkeit diskutiert. Dagegen sieht der erste Satz mit der »aktiven Beteiligung« einen Arbeitsprozess vor, d.h. Teile der Öffentlichkeit werden an der *Erarbeitung* der Pläne beteiligt.

Beteiligt werden sollen »interessierte Stellen«. Von der Bestimmung dieses Begriffes hängt es ab, ob die informalen Elemente des Rechtsstaates begrenzt oder zurückgedrängt werden, nämlich indem eine pluralistische Beteiligung stattfindet. Ist dies nicht der Fall, muss man eher davon ausgehen, dass die Informalität von Absprachen zwischen Machtzentren nur legalisiert wird.

Wer diese interessierten Stellen sind und wie die Beteiligung aussiehen soll, überlässt die Richtlinie ebenfalls weitgehend den Mitgliedstaaten. Der Wortlaut der Richtlinie gibt nur wenige Hinweise zur Abgrenzung: Zunächst lassen sich die »interessierten Stellen« von der breiten Öffentlichkeit unterscheiden, dann werden im zweiten Satz die Nutzer ausdrücklich als Teil der Öffentlichkeit erwähnt. Also spricht ein Umkehrschluss dafür, dass die Nutzer zwar Teil der Öffentlichkeit sind, die am Kommunikationsprozess teilnehmen sollen, aber eben nicht am Arbeitsprozess, ansonsten hätte man sie dort ebenfalls ausdrücklich erwähnen müssen. Dies würde auch Sinn machen, weil es der Richtlinie um die Verbesserung der Wasserqualität geht<sup>20</sup> und der Einfluss der Wassernutzer im Zweifel stark genug ist, so dass er durch die aktive Beteiligung sonstiger interessierter Stellen der Zivilgesellschaft<sup>21</sup> kompensiert werden muss.

Die Wasserrahmenrichtlinie wurde in der Bundesrepublik durch eine Novelle des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG) und der Landeswassergesetze umgesetzt. Dabei lassen sowohl das Bundesgesetz wie die Landesgesetze die Organisation der aktiven Beteiligung und die zu Beteiligenden – der Richtlinie folgend – weitgehend im Unbestimmten, so dass die Verwaltung einen weiten Spielraum hat, neue Formen der »aktiven Beteiligung« zu initiieren und auszuprobieren. Die Bundesländer setzen die »aktive Beteiligung« durch Beiräte, Arbeitskreise, Foren oder Steuerungsgruppen um – die Namen sind verschieden, jedes Mal geht es um ein Gremium, das an der Erarbeitung der Wasserpläne beteiligt wird.

Interessant ist nun, wie diese Gremien zusammengesetzt sind. Versucht man, hier einen Gesamteindruck herzustellen, ergibt sich, dass – mit der rühmlichen Ausnahme Schleswig-Holstein<sup>22</sup> – im wesentlichen Gremien installiert werden, die im überwiegenden Teil aus Vertretern der Exekutive und der Wirtschaft(sver-

<sup>18</sup> Knopp, G. M., Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie – Neue Verwaltungsstrukturen und Planungsinstrumente im Gewässerschutzrecht, NVwZ 2003, 275 ff; ders., Die Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie im deutschen Wasserrecht, ZUR 2001, 368 ff; Ruchay, D., Die Wasserrahmenrichtlinie der EG und ihre Konsequenzen für das deutsche Wasserrecht, ZUR Sonderheft 2001, 115 ff.

<sup>19</sup> Seidel, W./Rechenberg, J. (Fn. 17), S. 221.

<sup>20</sup> Siehe die in Art. 1 WRR genannten Ziele.

<sup>21</sup> Zivilgesellschaft wird regelmäßig verstanden als Bereich, der jenseits von oder zwischen Wirtschaft und Politik angesiedelt ist.

<sup>22</sup> Siehe <http://www.wasser.sh/de/fachinformation/bearbeitungsgebiete/22.php?page=bearbeitungsgebiet>.

bände) zusammengesetzt sind.<sup>23</sup> Es handelt sich um »Kungelgremien«, an denen sich als Alibi ein oder zwei Vertreter der Umweltverbände beteiligen können. Es wird ein formales Mitwirkungsorgan geschaffen, das aus den ohnehin Einflussreichen und Mächtigen besteht und diesen eine neue Plattform schafft, ihre Interessen – im Bereich der Wassernutzung – abzustimmen und dann als Planung im öffentlichen Interesse zu deklarieren. Auch wenn die Gremien rechtlich keine Entscheidungskompetenz haben, faktisch haben sie eine, so dass sie als oligarchische Verwaltung des allgemeinen Interesses fungieren können.

Damit folgt die Ausgestaltung der »aktiven Beteiligung« einer Tendenz innerhalb der gesellschaftlichen Organisation: Die Politik und mit ihr die parlamentarische Demokratie und die zivilgesellschaftliche Partizipation danken zu Gunsten von oligarchischen Expertengremien ab.<sup>24</sup> Was im »informalen Rechtsstaat« zwischen Behörden und Betreibern oder Vertretern der Wirtschaft neben dem Gesetz ausgehandelt wurde, wird nun ein Aushandlungsprozess innerhalb eines rechtlich institutionalisierten Gremiums – die Öffentlichkeit wird weiterhin erst dann eingeschaltet, wenn fertige Pläne vorliegen. Die zuvor informalen Absprachen werden legalisiert und erhalten damit im Sinne Max Webers die Legitimität des formal rationalen Rechts als Teil der »legalen Herrschaft mit bürokratischem Verwaltungsstab«.<sup>25</sup> Diese Form der Wasserbeiräte sind der Gipelpunkt der Entmachtung der Parlamente durch Experten-Gremien und Kommissionen von der Ethik-, Hartz- bis zur Rürup-Kommission. Der informale Rechtsstaat hat sich formalisiert.

## *II. Übertragung hoheitlicher Rechte auf Private*

### *1. Die klassische Konstruktion des Rechtsstaats*

Der »formale« Rechtsstaat ist – neben der Gewährleistung von Grund- und Menschenrechten – gekennzeichnet durch die Allgemeinheit des Gesetzes, die wiederum notwendig mit der Trennung von legislativen und exekutivischen Aufgaben und der Kontrolle letzterer durch die Jurisdiktion verbunden ist. Das allgemeine Gesetz ist nicht self-executing, sondern bedarf wegen seiner bestimmten Allgemeinheit<sup>26</sup> der individuellen Konkretisierung, welche die Exekutive übernimmt. Aber die Exekutive muss das allgemeine Gesetz anwenden, sie wird durch das Gesetz programmiert, was zur Berechenbarkeit exekutiver Eingriffe in die Freiheit der Individuen führt, die wiederum zentrales Moment des Rechtsstaates ist.<sup>27</sup>

Grundlage dieser rechtsstaatlichen Konstruktion ist die Trennung von Staat und Gesellschaft.<sup>28</sup> Mit dem modernen Staat wird die soziale und ökonomische Funktion jedenfalls grundsätzlich von der politischen und rechtlichen Funktion

<sup>23</sup> So beispielsweise in Bayern: Unter den insgesamt 23 Beteiligten finden sich sechs staatliche bzw. kommunale Institutionen, 14 Wirtschaftsverbände, zwei Umweltverbände und ein Freizeitverband, <http://www.bayern.de/lfw/wrrl-forum/pdf/wfczusforum.pdf>; vgl. zu der Zusammensetzung der Gremien in NRW <http://www.flussgebiete.nrw.de/umsetzung/umsetzungood.htm>, in Hessen [http://www.wrrl-info.de/docs/bundhessen\\_wrrl\\_a\\_methodik.pdf](http://www.wrrl-info.de/docs/bundhessen_wrrl_a_methodik.pdf), in Rheinland Pfalz <http://www.tu-berlin.de/fak7/ilup/fg-hartje/publikationen/muro/munk.pdf>

<sup>24</sup> Vgl. Fisahn, A., Experten in der Demokratie, Ansprüche 2002, 24 ff.

<sup>25</sup> Weber, M., Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1985, S. 125 ff.

<sup>26</sup> Neumann, F., Die Herrschaft des Gesetzes, Frankfurt a. M. 1980, S. 46.

<sup>27</sup> Vgl. Maus, I., Demokratie und Justiz in nationalstaatlicher und europäischer Perspektive - Zur Verteidigung der Verfassungsprinzipien des »alten« Europa, Blätter für deutsche und Internationale Politik 2005, 956 ff.

<sup>28</sup> Böckenförde, E. W., Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt a. M. 1991, S. 209 ff.

getrennt, was im feudalistischen Mittelalter bekanntlich anders war. Diese Trennung der Funktionen ist Grundlage des Rechtsstaates, weil so das formal rationale Recht gleichmäßig und berechenbar auf alle Teile der Gesellschaft, die Herrschenden wie die Beherrschten, die Einflussreichen wie die weniger Mächtigen angewendet werden kann. Wiederum können die Bestimmungen Max Webers herangezogen werden: Den Verwaltungsstab der legalen Herrschaft stellt Weber als »kontinuierlichen regelgebundenen Betrieb von Amtsgeschäften«<sup>29</sup> innerhalb einer klar gegliederten Kompetenzhierarchie vor. Der Verwaltungsstab setzt sich aus nach Fachqualifikation ausgewählten Beamten zusammen, wobei eine strikte Trennung von privater und öffentlicher Sphäre, Privatbesitz und öffentlichen Sachmitteln der Verwaltung vorherrscht und die Subsistenz der Beamten durch Gehälter gesichert ist.<sup>30</sup>

Die Trennung von Öffentlichem und Privatem ermöglicht es dem Öffentlichen, für sich in Anspruch zu nehmen, im Interesse der Allgemeinheit zu handeln, das heißt allgemeine öffentliche und nicht besondere private Interessen zu verfolgen. Diese spezifische Legitimität des modernen Staates nahmen schon die monarchischen Staaten für sich in Anspruch und mit größerer Berechtigung demokratisch organisierte Staaten.<sup>31</sup>

Im »informalen Rechtsstaat« wird diese Trennung von Öffentlichem und Privatem informal durch Absprachen und Aushandlungsprozesse durchbrochen. Das Phänomen wird populär als Lobbying breit diskutiert,<sup>32</sup> was bei gleichen Chancen der Lobbygruppen unproblematisch ist und erst dann zum Problem wird, wenn bestimmte Gruppen strukturell größere Chancen haben, ihre Interessen durchzusetzen. Das allgemeine Interesse wird dann nicht aus den widerstreitenden besonderen Interessen gebildet, ergibt sich nicht als Synthese aus diesen Interessen, sondern die strukturell stärkeren Interessen können das Allgemeinwohl usurpieren. Das Phänomen ist alt, und die rechtsstaatlichen und demokratischen Institutionen sollten darauf angelegt sein, die Inanspruchnahme des öffentlich Allgemeinen für besondere private Interessen zu verhindern.

## *2. Public Private Partnership und die rechtsstaatliche Trennung des Öffentlichen vom Privaten*

Seit den 1990er Jahren haben Umstrukturierungen im Verhältnis von Staat, Gesellschaft und Wirtschaft stattgefunden, die den Staat jedenfalls in zunehmenden Bereichen unvermittelt an besondere Interessen binden. Das birgt immerhin die Gefahr, dass sich das Allgemeine verflüchtigt, oder – jedenfalls segmentär – vom Staat entkoppelt. Diese Umstrukturierungen betreffen die Teil-Privatisierung staatlicher Einheiten oder Einrichtungen der Daseinsvorsorge.

Der Begriff der Privatisierung ist mehrfach besetzt,<sup>33</sup> das kann hier nicht aufgeschlüsselt werden: Gemeint sind an dieser Stelle insbesondere Formen der Public-Private Partnership, des Hereinnehmens von privatem Kapital in ehemals staatliche Einrichtungen bei staatlicher Beteiligung und privatrechtlicher Organisationsform. Das Phänomen von Public Private Partnership bei ehemaligen Einrichtungen der Daseinsvorsorge ist bekannt und es ist nicht unbedingt neu,

<sup>29</sup> Weber (Fn. 25), S. 125.

<sup>30</sup> Vgl. Schlüchter, W., Die Entwicklung des okzidentalnen Rationalismus, Tübingen 1979, S. 177.

<sup>31</sup> Grundlegend Hegel, G.F.W., Grundlinien der Philosophie des Rechts, Stuttgart 1981.

<sup>32</sup> Clemens, E. S., The people's lobby: organizational innovation and the rise of interest group politics in the United States, 1890–1925, London 1997.

<sup>33</sup> Vgl. Kämmerer, J. A., Privatisierung, Tübingen 2001, S. 20 ff.; Sommer, I., Verwaltungsorganisationsrecht, in: Fisahn, A. (Hrsg.), Bremer Recht, Bremen 2002, S. 112.

hat aber durch die vielfältigen Formen und die zunehmende Verbreitung eine neue Qualität gewonnen.<sup>34</sup> Um das rechtsstaatliche Problem dieser Verflechtung auf einer allgemeinen Ebene zu zeigen, muss man nach dem Sinn von solchen Partnerschaften oder gemischten Unternehmen fragen.

Sinn ist neben der Ausgliederung aus dem staatlichen Haushalt die Hoffnung auf eine unter ökonomischen Gesichtspunkten effizientere Organisation dieser gemischten Einheiten. Neben aller Ideologie hat diese Hoffnung einen realen Kern. Privates Kapital wird in gemischten Unternehmen notwendig nur dann angelegt, wenn es sich verzinst, also wenn langfristig Gewinne zu erwarten sind. Dies war bei öffentlichen Unternehmen der Daseinsvorsorge kein Gesichtspunkt. Sie waren nur der allgemeinen Daseinsvorsorge verpflichtet. Die ökonomische Effizienz war nicht das zentrale Kriterium, oder in der Sprache der Systemtheorie: Öffentliche Einrichtungen der Daseinsvorsorge funktionieren nicht nach dem Code der Ökonomie, sondern eher nach dem Code der Verwaltung.<sup>35</sup> Das führte in einigen Bereichen zu einem – vorsichtig formuliert – nicht besonders effizienten Einsatz der öffentlichen Mittel. Durch Privatisierung stellt man den Code um, es herrschen zwangsläufig die Gesetzmäßigkeiten der Wirtschaft, d.h. ein Unternehmen kann nur bestehen, wenn es Gewinne mindestens in der Höhe der durchschnittlichen Verzinsung macht.

Das Gewinninteresse ist aber kein allgemeines Interesse – oder allenfalls sehr vermittelt. Mit der Privatisierung rutschen die Unternehmen der allgemeinen Daseinsvorsorge in die Ebene der besonderen Interessen. Gleichzeitig ist aber der Staat an diesen Unternehmen beteiligt und evtl. Genehmigungs- und Kontrollbehörde. Das Problem mag sich entschärfen, wenn verschiedene Gliederebenen des Staates Mitspieler sind, also die eine Ebene Kontroll- und Genehmigungsbehörde, die andere Ebene Miteigentümer. Das ist aber bei einer föderalen Struktur durchaus nicht immer gewährleistet – man denke nur an die enge Verflechtung von kommunaler und Landesebene in den Stadtstaaten.

### *3. Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf Private*

Neben der quantitativen Zunahme dieser Form der Interessenverflechtung setzen sich neue Formen der Organisation der ehemals öffentlichen Daseinsvorsorge durch, die in der Tendenz die Formalisierung der ehemals informalen Absprachen erkennen lassen. Das Beispiel der Organisation der Wasserwirtschaft in Berlin und Bremen kann die neue formalisierte Verflechtung von Privatem und Öffentlichem verdeutlichen.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> In Bremen gab es beispielsweise im Jahre 2001 zweihundert Gesellschaften, an denen die Stadtgemeinde oder das Land beteiligt sind. Der Prozentsatz der Gesellschaftsanteile geht von unter 0,1 % bis zu 100 %, was Bremen zum Anlass nimmt, von einer Konzernstruktur zu sprechen (Sommer [Fn 33], S. 109).

<sup>35</sup> Zur Bedeutung der Codes: Luhmann, N., Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1997, S. 359 ff.

<sup>36</sup> Zur Einordnung dieser Entwicklung in den Kontext der staatlichen Gewährleistungsverantwortung für den Wassersektor vgl. grdlg. Laskowski, S. R., Wasserrecht – Völkerrechtliche, europarechtliche und nationalrechtliche Sicherungen des Menschen- und Grundrechts auf Wasser –, Habilitationsschrift (Universität Hamburg) 2005, Manuscript S. 245 ff. D. III. und S. 610 ff. F. III. 3. b. bb., die in diesem Zusammenhang zu Recht die Frage nach dem Rollenverständnis staatlicher Akteure im Gewährleistungstaat aufwirft (»Governance quo vadis?«) sowie nach den verfassungsrechtlichen Grenzen der Ökonomisierung öffentlicher Wasserdienstleistungen.

### a) Berlin: ein Holding-Modell

In Berlin wurden die Wasserbetriebe teilprivatisiert und folgende Organisation der Wasserwirtschaft geschaffen: Zuständig für Abwasserentsorgung und Wasserversorgung sind die Berliner Wasserbetriebe (BWB). Die Wasserbetriebe sind eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts. Diese Anstalt wird über ein Holding-Modell in einen privatrechtlichen Konzern eingebunden.<sup>37</sup> Die Holding beteiligt sich an den Wasserbetrieben als stiller Gesellschafter mit einem Anteil von 49,9 %, die anderen 50,1 % bleiben im Eigentum des Landes. Die Eigentumsverhältnisse an der Holding sind in gleicher Form verteilt. 50,1 % bleiben beim Land Berlin, die restlichen 49,9 % gehören einem Konsortium, das aus dem deutschen RWE-Konzern und der französischen Vivendi (heute Veolia) besteht.<sup>38</sup>

Und nun kommt die Besonderheit: Zwischen Holding und Anstalt existiert ein Vertrag zur Begründung einer einheitlichen Leitung. Dieser Vertrag sieht vor, dass die Holding gegenüber den Wasserbetrieben ein – eingeschränktes<sup>39</sup> – Weisungsrecht besitzt. Gleichzeitig haben die Berliner Wasserbehörden die Rechtsaufsicht über die Wasserbetriebe.

Gegen dieses Gesetz richtete sich ein Normenkontrollantrag, über den der Berliner Verfassungsgerichtshof zu entscheiden hatte.<sup>40</sup> Das Gericht überprüfte das Teilprivatisierungsgesetz am Maßstab des Demokratieprinzips und kam zu dem Ergebnis, dass die Konstruktion grundsätzlich nicht gegen das Demokratieprinzip verstöße, weil durch die Mehrheitsbeteiligung des Landes sowohl die sachlich-inhaltliche wie die personelle Legitimation bei der Ausübung von Staatsgewalt durch die Wasserbetriebe gewährleistet sei.

Das TPrG<sup>41</sup> BWB regelt allerdings weder, welche Organe der Holding Weisungen erteilen dürfen, noch worin der engere Vorbehaltsbereich des Gewährsträgers besteht, noch wann er tangiert wird und wie in einem solchen Fall zu verfahren sei. Allein die mehrheitliche Beteiligung des Landes an der Holding soll dafür sorgen, dass die Wahrung der Interessen und der Einfluss des Landes Berlin gesichert werden.<sup>42</sup> Da es keinen grundsätzlichen gesetzlichen und auch keinen vertraglichen Ausschluss von Weisungen im öffentlichen Bereich gibt, hat die Holding letztlich Einfluss auf alle Aufgaben der BWB. Ihre Weisungen

<sup>37</sup> Siehe hierzu die Darstellung bei Lederer, K., *Strukturwandel bei kommunalen Wasserdienstleistungen*, Berlin 2004, S. 344.

<sup>38</sup> Zunächst war noch der Allianz Versicherungskonzern beteiligt, der seine Anteile später an RWE und Vivendi verkaufte.

<sup>39</sup> Der Vertrag hat sich nach den Anforderungen des § 1 II TPrG BWB zu richten, der das Weisungsrecht der Holding einschränkt. Hier nach muss der Einfluss des Landes Berlin bei der Erteilung von Weisungen, die gegenüber den Berliner Wasserbetrieben ergehen, gewährleistet und das Land muss mehrheitlich an der juristischen Person des Privatrechts beteiligt sein. Weisungen, die gegenüber den Berliner Wasserbetrieben ergehen, dürfen den öffentlichen Aufgaben der Berliner Wasserbetriebe nicht zuwiderlaufen. Trotz dieser Einschränkung der Weisungsbefugnis besteht die nach § 7 I Berliner Betriebegesetz festgeschriebene eigenverantwortliche Leitungsmacht des Vorstandes der BWB nicht mehr; gemäß § 1 II 3 2. HS TPrG BWB haben Weisungen der Holding auch Vorrang vor entgegenstehenden Beschlüssen des BWB-Aufsichtsrats.

<sup>40</sup> VerfGH Berlin, Urteil v. 21.10.1999, DVBl 2000, S. 51 ff.; sehr kritisch dazu Laskowski (Fn. 36), S. 610 ff. F. III. 3. b. bb. (4), die das »Berliner Holding Modell« aus überzeugenden Gründen wegen Verstoßes gegen das Demokratieprinzip als verfassungswidrig betrachtet und angesichts des dem Modell zugrunde liegenden Kommerzialisierungsansatzes die Gemeinwohlverträglichkeit bezweifelt; vgl. zum Berliner Modell auch die kritische Analyse von Ochmann, D., Rechtsformwahrende Privatisierung von öffentlich-rechtlichen Anstalten, Baden-Baden 2005, die das Demokratieprinzip ebenfalls als verletzt ansieht; zuvor bereits sehr kritisch von Bechtolsheim, C./Abend, K., Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe, LKV 2000, S. 337 ff.

<sup>41</sup> Gesetz zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe v. 17. Mai 1999, <http://www.kulturbuch-verlag.de/online/brv/D0017/F00801.pdf>.

<sup>42</sup> Lederer (Fn. 37), S.348.

Jenseits des Problems demokratischer Legitimationsketten<sup>44</sup> ist hier festzustellen, dass nicht einfach ein Teil der Daseinsvorsorge in private Hände gelegt wurde, was die Trennung zwischen privatem und öffentlichem Bereich nicht tangiert. Die Grenzlinie zwischen Privatem und Öffentlichem wird vielmehr verwischt oder durchlöchert, weil einer privatwirtschaftlich organisierten Holding gegenüber einer öffentlich-rechtlichen Anstalt, die nach Einschätzung des Berliner Verfassungsgerichts Staatsgewalt ausübt,<sup>45</sup> vertraglich Weisungsrechte eingeräumt werden. Diese Weisungsrechte sind überall dort relevant, wo das Agieren der öffentlichen Anstalt nicht gesetzlich determiniert ist, also eine gesetzliche Regelung fehlt oder die Gesetze Ermessens- und Auslegungsspielräume eröffnen. Eine private Gesellschaft bestimmt an dieser Stelle staatliches Handeln, was auch dann bemerkenswert ist, wenn diese private Gesellschaft zu 50,1 % staatlich ist. Denn die privatrechtliche Holding ist auf privatrechtliche Ziele verpflichtet, und der Einfluss der rein privaten Gesellschafter ist sicher nicht zu unterschätzen. Der informale Einfluss privater Betriebe der Daseinsvorsorge, hier der Wasserkonzerne, wird formalisiert und durch das Weisungsrecht gegenüber den Berliner Wasserbetrieben rechtlich verbindlich. Die öffentliche Anstalt, die Allgemeininteressen dienen soll – deshalb ist sie dem Bereich des Öffentlichen zugeordnet –, unterliegt den Weisungen besonderer, privater Interessen. Die Grenze zwischen öffentlicher und privater Sphäre wird durchlöchert, und zwar zugunsten privilegierter Einflüsse aus dem Bereich des Privaten auf das Öffentliche. Der Einfluss auf öffentliche Entscheidungen wird oligarchisiert und formalisiert.

### b) Bremen: Beleibung privater Wasserbetriebe

Noch weiter geht die Verflechtung oder die Übernahme staatlicher Befugnisse durch Private in Bremen.<sup>46</sup> Die »hanseWasser Bremen GmbH« ist verantwortlich für die Entsorgung des Abwassers sämtlicher Bremer Privathaushalte, Industrie- und Gewerbebetriebe. Das einstmals zuständige kommunale Amt wurde 1992 umgewandelt zu einem Eigenbetrieb, den »Bremer Entsorgungsbetrieben«, die sowohl für Abwasser wie für die gesamte Abfallbeseitigung zuständig waren. Diese wurde 1998 aufgesplittet in verschiedene Geschäftsbereiche wie Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung, nach und nach wurden fast alle Geschäftszweige privatisiert. Die Privatisierung der Abwasserentsorgung führte zu folgenden Eigentumsverhältnissen in der »hanseWasser Bremen GmbH«: Eigentümer der Gesellschaft ist zu 25,1 % das Land Bremen und zu 74,9 % die »hanseWasser Ver- und Entsorgungs-GmbH«. Letztere gehört wiederum zu 49 % der »Gelsenwasser AG« und zu 51 % der »swb AG«.<sup>47</sup>

Die »hanseWasser Bremen GmbH« ist nicht nur für die Abwasserbeseitigung zuständig. Das Bremische Wassergesetz sieht in § 133a vor, dass private Dritte

43 Vgl. Fett, T., Öffentlich-rechtliche Anstalten als abhängige Konzernunternehmen, Berlin 2000, S. 90.

44 Zu dieser Konzeption grundlegend: Böckenförde, E. W., Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt a. M. 1991.

45 VerfGH Berlin DVBl 2000, 52.

46 Ausführlich: Fisahn, A., Konsequenzen der »Globalisierung« – Privatisierung als Neofeudalisierung, Paech, N./Rinken, A., u.a. (Hrsg.) Völkerrecht statt Machtpolitik – Beiträge für Gerhard Stuby, Hamburg 2004, S. 92 ff.

47 Homepage »hanseWasser Bremen GmbH«: <http://www.hanlewasser.de/web/>. Die swb-AG gehört zu 51 % der Deutschen Essent GmbH und zu 49 % der EWE Aktiengesellschaft. Die Bremer Versorgungs- und Verkehrsgesellschaft (BVV) hält eine Aktie, siehe [www.swb-gruppe.de](http://www.swb-gruppe.de).

durch Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag »teilweise mit der Wahrnehmung folgender Aufgaben im eigenen Namen und in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts« beliehen werden können, was denn auch geschehen ist. Die dann genannten Aufgaben betreffen – zumindest – die wichtigsten Bereiche der Abwasserentsorgung, vom Anschluss- und Benutzungszwang über die Genehmigung von Abwasseranlagen bis hin zu kommunalen Überwachungsaufgaben bei der Benutzung öffentlicher Abwasseranlagen. Kurz: Die »hanseWasser Bremen GmbH« erteilt sich selbst die Genehmigungen für die Abwassereinleitung und überwacht diese auch selbst. Private haben hier nicht nur rechtlich abgesicherten Einfluss auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, sie nehmen sie selbst wahr.<sup>48</sup> Private agieren als Teil des Staates oder in staatlichen Funktionen.<sup>49</sup> Überdies entsteht in diesem Fall zumindest der »böse Schein« der Selbstbedienung, d.h. die Übernahme staatlicher Funktionen ist mit einer offensichtlichen Verstrickung der Interessen verbunden.

Das ist der postmoderne Staat in einer extremen Form. Das Allgemeine hat sich aufgelöst, der Staat ist nur noch ein Mitspieler unter anderen, der seine besonderen Interessen verfolgt oder schlimmer: der direkt den besonderen Interessen anderer Mitspieler verpflichtet ist. Die Ebene des informalen Rechtsstaats, auf der einflussreiche wirtschaftliche Akteure staatliche Stellen nur faktisch, nicht aber rechtlich verpflichteten, wird hier verlassen. Konstruktionen wie die der Bremer und Berliner Wasserbetriebe, die privatwirtschaftlichen Unternehmen staatliche Macht verleihen, machen die Verpflichtung rechtlich bindend. Private erbringen bei dieser Form der Organisation nicht nur (Dienst-)Leistungen der ehemals öffentlichen Daseinsvorsorge.<sup>50</sup> Hier übernehmen Private in neuer Qualität hoheitliche Aufgaben; sie werden direkt hoheitlich tätig, indem sie Verwaltungsakte gegenüber dem Bürger selbst erlassen oder auf sie rechtlich abgesichert Einfluss nehmen können. Sie dringen in die zentralen Bereiche der staatlichen Tätigkeiten ein, wobei wieder festzuhalten ist, dass nicht eine gleiche, allgemeine Chance besteht, staatliche Entscheidungen zu beeinflussen, kurz: staatliche Funktionen demokratisiert werden, sondern einzelne Interessen bemächtigen sich in privilegierter Form der staatlichen Entscheidungsebene. Nun mag es sein, dass diese Konstruktion etwas besonderes ist, aber es ist keineswegs ausgemacht, dass es bei einem Bremer und Berliner Spezifikum bleibt. Und ziemlich deutlich ist, dass die Richtung verallgemeinerbar ist, eine Tendenz auszumachen ist: Der informale Rechtsstaat formalisiert sich.

<sup>48</sup> Auch dies gab es auch vorher, man denke etwa an den TÜV. Allerdings hat hier die Übertragung hoheitlicher Rechte eine andere Dimension, und die Eigeninteressen müssen anders beurteilt werden.

<sup>49</sup> Eine ähnliche Konstruktion hat den Staatsgerichtshof in Bremen beschäftigt, der das Beleihungsgesetz (Gesetz zur Übertragung von Aufgaben staatlicher Förderung auf juristische Personen des privaten Rechts vom 26.5.1998, Brem. GBl. S. 399.) auf seine Übereinstimmung mit der Landesverfassung, insbesondere dem Demokratiegebot, überprüft hat. Dabei ging es nicht um die Hansewasser, sondern um die Bremer Investitionsgesellschaft (BIG), der Aufgaben der Wirtschaftsförderung übertragen wurden, einschließlich des Rechts, Verwaltungsakte zu erlassen, indem z.B. Zuwendungen genehmigt werden. Auch Widerspruchsbescheide gegen die eigenen Verwaltungsakte sollen nach dem Gesetz von der BIG erlassen werden. Der Staatsgerichtshof hat das Beleihungsgesetz – in der Argumentation ähnlich wie der Berliner VerfGH – nicht für verfassungswidrig erklärt, hat aber aus dem Demokratiegebot enge Anforderungen an die Ausgestaltung der Kontrolle des mit öffentlichen Aufgaben beliehenen privaten Unternehmens gestellt (Urteil vom 15.1.2002, Az.: St 1/01.).

<sup>50</sup> Wie weit hier die staatliche Verpflichtung zur Gewährleistung reicht und was er selbst erbringen muss, ist bekanntlich umstritten.

*I. Das Konzept der BIDs*

Als letztes Feld, das die Tendenz zu einer Formalisierung des informalen Rechtsstaates aufzeigen kann, soll eine aus den USA kommende Form der »Selbstverwaltung« von Eigentümern diskutiert werden. Geschäftsleute und Grundeigentümer bestimmter Stadtteilszentren schließen sich in sogenannten BIDs (Business Improvement Districts) zusammen, um in Eigenregie ihre Standortqualität zu verbessern.<sup>51</sup> Angesichts drastisch reduzierter öffentlicher Leistungen z.B. bei der Sicherheit, Sauberkeit und Stadtbildpflege lautet die Devise »private instead of public«. Die privaten Standortgemeinschaften verpflichten sich hierzu auf Zeit, bestimmte, von ihnen ausgewählte Projekte bzw. Aufgaben in selbstverpflichtender Eigenfinanzierung zu übernehmen. Überlegungen zu oder »Experimente« mit der Einrichtung solcher Standortgemeinschaften finden derzeit in einigen Bundesländern statt.<sup>52</sup>

Das Land Hamburg hat bereits im Februar 2004 ein BID-Gesetz<sup>53</sup> zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren beschlossen, um den rechtlichen Rahmen für die Schaffung sogenannter Innovationsbereiche zu schaffen. Aufgabe dieser Innovationsbereiche soll es sein, Maßnahmen zu ergreifen, welche die Rahmenbedingungen für die dort ansässigen Einzelhandels- und Dienstleistungsbetriebe verbessern und dadurch die Attraktivität der jeweiligen Standorte stärken. Das Gesetz nennt in § 2 II beispielhaft die Durchführung von Bauarbeiten in Abstimmung mit den jeweiligen Berechtigten, die Bewirtschaftung von Grundstücken, die Durchführung gemeinschaftlicher Werbemaßnahmen etc.

Da ein Innovationsbereich keine eigene Rechtspersönlichkeit hat, werden seine Aufgaben von einem sogenannten Aufgabenträger, § 4 HBIDG,<sup>54</sup> wahrgenommen, wobei Aufgabenträger grundsätzlich jede Person sein kann, die Mitglied der Handelskammer Hamburg ist oder sich freiwillig ihrer Aufsicht unterwirft. In § 3 HBIDG wird der Senat ermächtigt, auf Antrag eines Aufgabenträgers Innovationsbereiche festzulegen, wenn sich der Aufgabenträger in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag verpflichtet, die vorgesehenen Maßnahmen umzusetzen. Der Aufgabenträger ist gemäß § 5 HBIDG zur Antragstellung dann berechtigt, wenn die Eigentümer von mindestens 15 % der im Innovationsbereich belegenen Grundstücke zustimmen, deren Fläche zugleich mindestens 15 % der Gesamtgrundstücksfläche beträgt. Der Antrag ist abzulehnen, wenn mehr als ein Drittel der Eigentümer der im Innovationsbereich belegenen Grundstücke bzw. Grundstücksflächen widerspricht. Kurz: Wenn 15 % der Eigentümer dem Senat bestimmte Strukturmaßnahmen in ihrem Stadtgebiet vorschlagen und nicht mehr als ein Drittel widerspricht, kann der Senat genehmigen, dass diese Maßnahmen in Eigenregie durchgeführt werden.

Zur Durchführung stellt der Aufgabenträger einen Maßnahmen- und Wirtschaftsplan auf, an dem die betroffenen Grundstückseigentümer, Freiberufler

<sup>51</sup> Siehe hierzu Texte der IHK Pfalz, zu finden unter [www.pfalz.ihk24.de/LUHK24/LUHK24/produktmarken/\\_standortpolitik/raumordnung/anhaengsel/Bitte\\_ein\\_BID.pdf](http://www.pfalz.ihk24.de/LUHK24/LUHK24/produktmarken/_standortpolitik/raumordnung/anhaengsel/Bitte_ein_BID.pdf) und der IHK Nord Westfalen, zu finden unter [www.ihk-nordwestfalen.de/handel/BusinessImprovementDistricts.cfm](http://www.ihk-nordwestfalen.de/handel/BusinessImprovementDistricts.cfm) – 62k – 21. Aug. 2005.

<sup>52</sup> Bloem, M., BIDs – Untersuchung von BIDs in Bezug auf Möglichkeiten und Grenzen einer Übertragbarkeit auf innerstädtische Geschäftsquartiere in Nordrhein-Westfalen, Studie im Auftrag des MSWKS NRW, 2003; Business Improvement Districts – 1 Jahr später, [www.Stadtanalyse.de](http://www.Stadtanalyse.de), o4/o5.

<sup>53</sup> Gesetz zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren, HmBbGVBl 2004, S.525–527.

<sup>54</sup> Abkürzung für BID-Gesetz Hamburg.

und Gewerbetreibenden nach § 6 I 3 HBIDG in geeigneter Weise zu beteiligen sind. Eine Konkretisierung dieser Beteiligung findet sich in dem Gesetz nicht. Überwacht wird der Aufgabenträger von der Handelskammer Hamburg, § 6 III 1 HBIDG. Die Kosten für die zu treffenden Maßnahmen tragen die Grundstückseigentümer. Hierzu werden von der Erhebungsbehörde gemäß § 7 I 1 HBIDG Abgaben bei den Grundstückseigentümern erhoben. Die Abgabenverpflichtung trifft alle Grundstückseigentümer einschließlich derjenigen, die von ihrem Widerspruchsrecht Gebrauch gemacht haben oder die sich gar nicht geäußert haben. Die Höhe der Abgabe errechnet sich in Abhängigkeit des festgestellten Einheitswerts des jeweiligen Grundstücks. Gemäß § 8 HBIDG wird mit Ausnahme eines Pauschalbetrages für den Verwaltungsaufwand das Abgabenaufkommen dem Aufgabenträger zugeleitet. Kurz: Der Staat erhebt eine Steuer<sup>55</sup> von Grundeigentümern, die von einem selbst gebildeten Ausschuss oder selbst ernannten Aufgabenträger für bestimmte Strukturprojekte<sup>56</sup> in ihrem Stadtteil verwendet werden. Dabei sind die Grundstückseigentümer ebenso wie Freiberufler und Gewerbetreibende in unspezifischer Weise<sup>57</sup> an der Aufstellung des Wirtschaftsplans und der Durchführung der Maßnahme zu beteiligen.

## *2. Definition des Gemeinwohls durch die Eigentümer*

Nun könnte man behaupten, die Übernahme öffentlicher Aufgaben in einem Stadtteil durch Private sei als Form der zivilgesellschaftlichen Selbstverwaltung zu begrüßen und sei rechtsstaatlich kein Problem, da sich Private über ihre eigentlichen Verpflichtungen hinaus gemeinnützig engagieren. Das Konzept scheint das berühmte zivilgesellschaftliche Engagement zu stärken. Eine genauere Betrachtung zeigt jedoch auch hier, dass die Grenze zwischen Privatem und Öffentlichem verwischt wird und Private mit besonderen Interessen Aufgaben des Allgemeinwohls wahrnehmen und damit auch dessen Inhalt bestimmen.<sup>58</sup>

Die Trennung von Privatem und Öffentlichem ist zunächst auf der »Einnahmeseite« der BIDs problematisch. Der moderne Staat ist u.a. dadurch zu charakterisieren, dass er Steuern von den Bürgern erhält, über deren Verwendung er dann entscheidet. Es sind die von der privaten Sphäre geschiedenen öffentlichen Institutionen, die über die von den Bürgern – ohne Gegenleistung – erhobenen Gelder entscheiden. Bei den BIDs soll aber einem Teil der Bürger, den Eigentümern, ohne Gegenleistung eine Abgabenpflicht auferlegt werden, über deren Verwendung nicht die öffentlichen Stellen entscheiden, sondern Private.

Für den Fall, dass die Initiative von einem kleinen Kreis getragen wird und die übrigen Eigentümer – aus welchen Gründen auch immer – nicht widersprechen oder weniger als ein Drittel widerspricht, werden hier besondere Einzelinteressen oder oligarchische Interessen mit Hilfe staatlich erhobener Gelder verwirk-

<sup>55</sup> Steuern werden grundsätzlich als nicht zweckgebunden definiert, so dass hier möglicherweise eher von einer Sonderabgabe die Rede sein müsste; allerdings wurde die Öko-Steuer mit einer Zweckbindung versehen und dies verfassungsrechtlich akzeptiert (BVerfG, Urteil vom 20. April 2004 – I BvR 1748/99 und I BvR 905/00), auf die genaue finanzrechtliche Zuordnung kommt es hier auch nicht an.

<sup>56</sup> Beispiele hierfür sind Graffiti-Entfernung, Erlebniskultur in der Fußgängerzone, wie z.B. Wasserspiele, Visualisierung der Stadtgeschichte durch Anbringung von Tafeln, Schaffung von Infopunkten, siehe den Antrag des Innovationsbereichs Hamburg Bergedorf, [www.bid-1.de/antragstellung.htm](http://www.bid-1.de/antragstellung.htm).

<sup>57</sup> Siehe § 6 I 3 HBIDG.

<sup>58</sup> Die IHK Pfalz empfiehlt, Kritik an den BIDs pragmatisch mit Verweis auf deren wirtschaftlichen Erfolg in den USA zu begegnen. Sie wirbt für einen Mentalitätswandel in Deutschland: In den USA »vertraut kaum ein Amerikaner auf die Leistungsfähigkeit der Verwaltung, sondern eher auf das Prinzip Selbsthilfe.« [www.pfalz.ihk24.de/LUIHK24/LUIHK24/produktmarken/standortpolitik/raumordnung/anhaelsgel/Bitte\\_ein\\_BID.pdf](http://www.pfalz.ihk24.de/LUIHK24/LUIHK24/produktmarken/standortpolitik/raumordnung/anhaelsgel/Bitte_ein_BID.pdf).

licht. Gestützt auf die staatlichen Machtinstrumente wird im Interesse einzelner Privater die Finanzierung eines Projektes durchgesetzt. Im informalen Rechtsstaat ist es durchaus nicht ausgeschlossen, dass einzelne Private mit Einfluss auf staatliche Entscheidungsträger Projekte durchsetzen und Steuergelder für diese Projekte verwendet werden. Hier wird dieser informale Einfluss legalisiert; es wird eine rechtlich verbindliche Möglichkeit geschaffen, im Einzelinteresse Gelder zu verwenden.

Betrachtet man die »Ausgabenseite«, ist es auch denkbar, dass die Initiative von einem größeren Kreis der Eigentümer getragen wird oder unter diesen auf breite Zustimmung stößt. Warum sollten sie dann nicht über das von ihnen selbst aufgebrachte Geld verfügen? Die Entscheidung über die Verwendung von Steuergeldern durch öffentliche Stellen soll – dem liegt das rechtsstaatliche Gebot der Trennung von Privatem und Öffentlichem auch zugrunde – dazu führen, dass die öffentlichen Stellen im Interesse des Gemeinwohls entscheiden. Der demokratische Rechtsstaat versucht, die Bestimmung oder Definition des Gemeinwohls über Repräsentation und das allgemeine Wahlrecht zu organisieren, das sich dadurch auszeichnet, dass jeder Staatsbürger, allein gestützt auf diese Staatsbürger-Qualität, in gleicher Weise, also unabhängig von der Größe seines Eigentums oder der Höhe seines Steueraufkommens repräsentiert wird.

Dieses Prinzip wird durchbrochen, wenn die Steuerpflichtigen, und nur diese, selbst entscheiden, für welche Zwecke die von ihnen erhobenen Gelder verwendet werden sollen. Das ist der Ansatz zur Rückkehr zur Eigentümerdemokratie, die nur dadurch gemildert wird, dass staatliche Stellen den konkreten Maßnahmen zustimmen müssen. Zunächst werden die durch allgemeine Wahlen legitimierten kommunalen Gremien entmachtet, und Entscheidungsbefugnisse werden auf eine oligarchische »Selbstverwaltung« der Eigentümer, die nicht mal intern demokratisch organisiert sein muss, und die Staatsverwaltung verteilt.

Die Entscheidungen der Eigentümer-»Selbstverwaltung« wirken dann aber nicht nur für diese, was unproblematisch wäre, sondern für den gesamten Stadtteil, also auch für die Nicht-Eigentümer. Und zwischen den Interessen und Präferenzen der Eigentümer in einem Stadtteil und den Interessen und Präferenzen der Bewohner des Stadtteils können durchaus Meinungsverschiedenheiten entstehen, beispielsweise wenn es um die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geht. Eine Eingrenzung der Aufgabenbereiche durch die gesetzliche Zielfestlegung – Stärkung der Attraktivität der Stadtteilzentren – ist faktisch nicht gegeben, da auch staatliche Kernaufgaben, wie die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung diesem Gesetzesziel dienlich sind. So ist nicht auszuschließen, dass Maßnahmepläne in einzelnen Innovationsbereichen es vorsehen, unerwünschte Gruppierungen wie Obdachlose und Bettler aus den Bereichen zu »verlagern«.

Auch in diesem Fall lässt sich eine eigentümliche und neue Verflechtung der öffentlichen und privaten Sphäre feststellen. Einzelne Private können unter Indienstnahme des Staates ihre besonderen Interessen an der Gestaltung und Organisation ihres Stadtteils mit Wirkung für die Allgemeinheit durchsetzen. Der informale Einfluss einzelner privater Gruppen, wie etwa der Geschäftleute, auf die demokratischen Staatsorgane wird rechtlich normiert und legalisiert. Der informale Rechtsstaat wird formalisiert.