

Gutachten
zu verschiedenen Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem
„HOWOGE-ÖÖP-Modell“ im Rahmen der Berliner Schulbauoffensive

Gliederung

I. Auftrag	3
II. Kurzdarstellung des HOWOGE-ÖÖP-Modells	4
III. Gutachten	6
A. Zu Frage 1 a)	6
1. Staatliches Handeln	6
2. Demokratische Legitimation	7
a) Personelle Legitimation	7
aa) Aufsichtsrat als Kurationsorgan	8
bb) Zusammensetzung des Aufsichtsrats	8
cc) Beschlussfassung des Aufsichtsrats	9
b) Sachlich-inhaltliche Legitimation	9
B. Zu Frage 1 b)	11
1. Ausübung hoheitlicher Befugnisse	11
2. Grundrechtsrelevanz von nicht nur untergeordneter Bedeutung	12

Die Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt. Die Gutachten geben nicht die Auffassung des Abgeordnetenhauses, eines seiner Organe oder der Abgeordnetenhausverwaltung wieder. Sie liegen allein in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Leitung der Abteilung Wissenschaftlicher Dienst.

C. Zu Frage 1 c)	14
1. Zuständigkeitsverteilung zwischen Senat und Bezirken bei Schulverwaltungsaufgaben	14
a) Zuständigkeit des Senats nach Art. 67 Abs. 1 VvB?	14
b) Zuständigkeit des Senats aufgrund gesetzlicher Zuweisung, Art. 67 Abs. 3 VvB?.....	15
c) Aufgabenerfüllung im Wege der Amtshilfe?.....	16
d) Beteiligung der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie	17
2. Beteiligung der HOWOGE	17
D. Zu Frage 1 d)	19
1. Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.....	19
2. Verstoß gegen das Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit?.....	20
E. Zu Frage 1e)	22
1. Inhalt einer Bauvorbereitungsvollmacht	22
2. Risiken für die Bezirke.....	23
F. Zu Frage 2	23
1. Schuldenbremse aus Art. 109 Abs. 3 GG	24
a) Grundsatz	24
b) Ausnahmen.....	25
2. Vorgaben aus dem Europäischen Stabilitäts- und Wachstumspakt	28
G. Zu Frage 3	29
1. § 38 LHO.....	29
2. § 7 Haushaltsgesetz	30
a) § 7 Abs. 1 HG 18/19	30
aa) Keine Überschreitung des vertretbaren Maß, Abs. 1 Satz 3	31
bb) Unabdingbarer Investitions- und Beschaffungsbedarf, Abs. 1 Satz 4 ...	32
b) § 7 Abs. 3 und 5 HG 18/19	32
H. Zu Frage 4	33
1. Prüfungsbefugnisse des Rechnungshofes bei juristischen Personen des Privatrechts.....	33
2. Erforderlichkeit einer Prüfvereinbarung	35

I. Zu Frage 5	36
1. Europäische und deutsche vergaberechtliche Vorgaben.....	36
a) Grundsatz: Durchführung eines Vergabeverfahrens, § 97 GWB	36
b) Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit, § 108 GWB.....	37
aa) Öffentlicher Auftraggeber	38
bb) Kontrollkriterium, § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB	38
cc) Überwiegende Tätigkeit für den Auftraggeber, § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB	38
dd) Beteiligungskriterium, § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB	40
2. Ergebnis.....	40
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse	41

I. Auftrag

Der Präsident des Abgeordnetenhauses von Berlin hat aufgrund einer entsprechenden Bitte der Fraktion der AfD den Wissenschaftlichen Parlamentsdienst mit der Erstellung eines Gutachtens zu den folgenden Fragen beauftragt:

1. Hält der Entwurf des Rahmenvertrages bzw. das Instrument einer Öffentlich-Öffentlichen Partnerschaft (ÖÖP) bzw. das „HOWOGE-ÖÖP-Modell“ die verfassungsmäßigen bzw. gesetzlichen Rahmenbedingungen insbesondere im Hinblick auf folgende Aspekte ein?
 - a) Entspricht das HOWOGE-ÖÖP-Modell dem Gebot der demokratischen Legitimation (Art. 20 Abs. 2 GG)?
 - b) Verstößt das HOWOGE-ÖÖP-Modell gegen Art. 33 Abs. 4 GG, wonach die Ausübung hoheitlicher Befugnisse den Angehörigen des öffentlichen Dienstes vorbehalten ist?
 - c) Wird durch den Entwurf des Rahmenvertrags die Zuständigkeitsverteilung zwischen Senat und Bezirken verletzt?
 - d) Verstößt der Entwurf des Rahmenvertrages gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Länder im Sinne des § 7 LHO Berlin?
 - e) Wäre die Unterzeichnung einer Bauvorbereitungsvollmacht für die HOWOGE seitens der jeweiligen Bezirke rechtlich unbedenklich?

2. Stellt der Entwurf des Rahmenvertrages bzw. das „HOWOGE-ÖÖP-Modell“ an sich eine unzulässige Umgehung der Schuldenbremse dar?
3. Verstößt der Entwurf des Rahmenvertrages gegen § 38 LHO und/oder § 7 des Haushaltsgesetzes von Berlin?
4. Wäre es u.a. vor dem Hintergrund des § 38 LHO und § 7 des Haushaltsgesetzes von Berlin geboten, dass die HOWOGE eine Prüfvereinbarung mit dem Landesrechnungshof eingeht?
5. Wurde bei der Vergabe an die HOWOGE das europäische bzw. das deutsche Vergaberecht eingehalten?

II. Kurzdarstellung des HOWOGE-ÖÖP-Modells

Im Rahmen der Berliner Schulbauoffensive (im Folgenden: BSO) sollen im Zeitraum 2017 bis 2026 insgesamt rund 5,5 Mrd. Euro in den Neubau, die Sanierung und den Unterhalt von Schulen investiert werden. Dazu wurden die Errichtung neuer Schulen sowie die Sanierungsmaßnahmen, die mehr als 10 Mio. Euro erfordern, im Wege der Amtshilfe der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen als Aufgabe zugewiesen. Die zu 100 % landeseigene HOWOGE Wohnungsbaugesellschaft mbH (im Folgenden als HOWOGE bezeichnet) soll die Senatsverwaltung insbesondere beim Neubau von weiterführenden Schulen und bei Großsanierungen an insgesamt zehn Schulstandorten entlasten.¹ Dazu wird ein Rahmenvertrag zwischen dem Land Berlin und der HOWOGE geschlossen, der die Rahmenbedingungen der Zusammenarbeit konkretisiert. Diese vertragliche Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen Akteuren (Land Berlin und HOWOGE als landeseigene Wohnungsbaugesellschaft) kann auch als Öffentlich-Öffentliche-Partnerschaft (ÖÖP) eingeordnet werden.²

Im Rahmen dieser Zusammenarbeit bestellt das Land Berlin der HOWOGE Erbbaurechte an den betreffenden Grundstücken mit einer Laufzeit von 37 Jahren.³ Die HOWOGE er-

¹ Rote Nummer 1479, abrufbar unter: <https://www.parlament-berlin.de/adosservice/18/Haupt/vorgang/h18-1479-v.pdf>; Präambel Rahmenvertrag, abrufbar unter: <https://www.berlin.de/sen/finanzen/haushalt/schulbauoffensive/howoge/> (abgerufen am 18.02.2019).

² *Beckers, Thorsten/Ryndin, Andrej*: Das „HOWOGE-ÖÖP-Modell“ und der Status quo im Vergleich, September 2018, S. ii.

³ § 5 Rahmenvertrag.

richtet auf diesen Grundstücken die Neubauten bzw. nimmt Sanierungen vor und vermietet sie anschließend nach dem Prinzip der Kostenmiete an die Bezirke. Es wird eine Grundmietzeit von 25 Jahren vereinbart; während dieser Grundmietzeit ist der Vertrag nicht kündbar.⁴ Die HOWOGE finanziert ihr Tätigwerden durch Kreditaufnahmen. Der Mietvertrag dient ihr dabei im Rahmen einer Forfaitierung als Kreditsicherheit. Dazu verzichtet das Land Berlin als Mieter gegenüber den finanzierenden Banken auf die Einrede der Nicht- oder Schlechterfüllung. Dieser Verzicht erfolgt nur gegenüber den Banken, nicht jedoch gegenüber der HOWOGE.⁵ Nach Auslaufen des Erbbaurechts geht das bis dahin gesonderte Eigentum an den Gebäuden auf das Land Berlin über. Für diesen Eigentumsübergang zahlt das Land Berlin eine Entschädigung in Höhe des Buchwerts des jeweiligen Gebäudes.⁶

Im Rahmen des Projektablaufs sieht der Rahmenvertrag vor, dass die Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie zunächst für die Errichtung der konkreten Schulen mit der Unterstützung der HOWOGE und in Abstimmung mit dem jeweiligen Bezirk ein Bedarfsprogramm erstellt.⁷ Sodann schließt die HOWOGE mit dem jeweiligen Bezirksamt und der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie eine Projektvereinbarung, in der die maßgeblichen Parameter für die Errichtung der Schule konkret vereinbart werden.⁸

Auf Grundlage dieser Projektvereinbarung erstellt die HOWOGE eine Entwurfsplanung, die sie mit der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie und dem Bezirk abstimmt. Diese Entwurfsplanung wird anschließend entweder durch externe Sachverständige oder durch den Controllingbereich der HOWOGE geprüft.⁹ Anschließend schließt die HOWOGE mit dem Bezirk den entsprechenden Mietvertrag und erstellt die Baugenehmigungsunterlagen, auf deren Grundlage sie nach erfolgter Genehmigung im eigenen Namen und für eigene Rechnung den Schulbau errichtet.¹⁰

In der Bauphase findet eine schulfachliche Begleitung durch die Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie und/oder den Schulträger (Bezirk) durch regelmäßige Be-

⁴ § 6 Rahmenvertrag.

⁵ § 6 Abs. 4 Rahmenvertrag.

⁶ § 5 Abs. 3 Rahmenvertrag.

⁷ § 3 Abs. 1 Rahmenvertrag.

⁸ § 4 Abs. 1 Rahmenvertrag.

⁹ § 4 Abs. 2 Rahmenvertrag.

¹⁰ § 4 Abs. 6 Rahmenvertrag.

sprechungen statt.¹¹ Innerhalb von drei Monaten nach Fertigstellung soll die Übergabe der Schule erfolgen.¹²

III. Gutachten

A. Zu Frage 1 a)

Entspricht das HOWOGE-ÖÖP-Modell dem Gebot der demokratischen Legitimation (Art. 20 Abs. 2 GG)?

Das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 2 GG¹³ stellt eines der grundlegenden Strukturprinzipien der Bundesrepublik Deutschland dar und ist über Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG auch für die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern verbindlich. Wesentlicher Ausdruck dieses Prinzips ist, dass alle Staatsgewalt vom Volk ausgeht. Daraus folgt, dass die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und die Ausübung staatlicher Befugnisse einer Legitimation bedürfen, die sich auf das Volk selbst zurückführen lässt.¹⁴

1. Staatliches Handeln

Als Ausübung von Staatsgewalt, die demokratischer Legitimation bedarf, stellt sich alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter dar.¹⁵ Entscheidungscharakter hat eine staatliche Maßnahme dann, wenn sie gestaltend auf die staatliche oder gesellschaftliche Sphäre einwirkt. Ausgenommen sind lediglich rein konsultative Tätigkeiten, die der Vorbereitung von Entscheidungen ohne Teilhabe daran dienen, sowie unselbständige Hilfstätigkeiten. Staatliches Handeln umfasst außerdem die Wahrnehmung der dem Staat zugewiesenen bzw. die von ihm tatsächlich wahrgenommenen Aufgaben in ihrer Gesamtheit. Zum staatlichen Bereich gehören deshalb auch vom Staat beherrschte privatrechtliche Gesellschaften, die staatliche Aufgaben wahrnehmen.¹⁶

¹¹ § 4 Abs. 9 Rahmenvertrag.

¹² § 4 Abs. 10 Rahmenvertrag.

¹³ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Gesetz vom 13. Juli 2017 (BGBl. I S. 2347).

¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 24. Mai 1995 – 2 BvF 1/92 – Rn. 135, zitiert nach juris; Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin, Urteil vom 21.10.1999 – 42/99 – Rn. 18 f., zitiert nach juris.

¹⁵ BVerfG (Fn. 14) Rn. 139, zitiert nach juris.

¹⁶ Ehlers, Jan Philip: Aushöhlung der Staatlichkeit durch die Privatisierung von Staatsaufgaben?, Frankfurt am Main 2003, S. 133 f.

Der Schulbau ist gemäß § 109 I SchulG¹⁷ den Berliner Bezirken zugewiesen und stellt damit eine staatliche Aufgabe dar.

Der HOWOGE werden laut Rahmenvertrag nicht nur Vorbereitungs- bzw. Hilfstätigkeiten übertragen, sondern sie nimmt beispielsweise durch die Erstellung der Entwurfsplanung (vgl. § 4 Abs. 2 Rahmenvertrag) amtliche Aufgaben mit Entscheidungscharakter wahr. Die der HOWOGE zu übertragenden Planungs- und Ausführungsaufgaben im Rahmen der Schulbauoffensive stellen damit staatliches Handeln dar, das einer demokratischen Legitimation bedarf.

2. Demokratische Legitimation

Für die Beurteilung, ob ein hinreichender Gehalt an demokratischer Legitimation erreicht ist, haben Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Formen der Legitimation entwickelt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns entscheidend, sondern deren Effektivität; notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau.¹⁸ In dem hier zu prüfenden Fall sind insbesondere die personelle und die sachlich-inhaltliche Legitimation von Relevanz. Juristische Personen des Privatrechts, die Staatsaufgaben wahrnehmen sollen, müssen deshalb hinsichtlich ihrer Organwalter (personell) als auch hinsichtlich ihres Handelns (sachlich-inhaltlich) demokratisch legitimiert sein.¹⁹

a) Personelle Legitimation

Uneingeschränkte personelle Legitimation besitzt ein Amtswalter dann, wenn er verfassungsgemäß sein Amt im Wege der Wahl durch das Volk oder das Parlament oder dadurch erhalten hat, dass er durch einen seinerseits personell legitimierten, unter Verantwortung gegenüber dem Parlament handelnden Amtsträger oder mit dessen Zustimmung bestellt worden ist (ununterbrochene Legitimationskette). Sieht das Gesetz ein Gremium als Kurationsorgan eines Amtsträgers vor, ist es nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht erforderlich, dass alle an der Entscheidung Beteiligten über individuelle demokratische Legitimation verfügen müssen. Entscheidend ist vielmehr, dass nicht nur die Mehrheit der Mitglieder demokratisch legitimiert ist, sondern überdies die konkrete Entscheidung von einer Mehrheit der so legitimierten Mitglieder getragen wird. Die Ver-

¹⁷ Schulgesetz für das Land Berlin vom 26. Januar 2004 (GVBl. S. 26), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Dezember 2018 (GVBl. S. 710).

¹⁸ BVerfG (Fn. 14) Rn. 135, zitiert nach juris; vgl. dazu auch das Gutachten des WPD vom 17. August 2012, S. 9.

¹⁹ Ehlers (Fn. 16), S. 221 f.

mittlung personeller demokratischer Legitimation setzt weiter voraus, dass die personell demokratisch legitimierten Mitglieder eines solchen Kurationsorgans bei ihrer Mitwirkung an der Bestellung eines Amtsträgers ihrerseits auch parlamentarisch verantwortlich handeln.²⁰

Fraglich ist, ob die Geschäftsführer als Leitungsorgan der GmbH eine hinreichende personell-demokratische Legitimation im Sinne der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grundsätze aufweisen.²¹ Für die Beurteilung dieser Frage ist zunächst ein Blick auf den Prozess der Geschäftsführerbestellung bei der HOWOGE erforderlich.

aa) Aufsichtsrat als Kurationsorgan

Die HOWOGE weist eine dreigliedrige Struktur auf: Ihre Organe sind laut Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung, der Aufsichtsrat und die Gesellschafterversammlung.²² Die Geschäftsführung der HOWOGE besteht aus zwei Geschäftsführern. Gemäß § 9 Absatz 2 des Gesellschaftsvertrags erfolgt die Bestellung, Anstellung und Abberufung der Geschäftsführer durch den Aufsichtsrat. Der Aufsichtsrat fungiert mithin als Kurationsorgan bei der Berufung der Geschäftsführer. In diesem Fall muss nach dem oben erläuterten Prinzip nicht nur die Mehrheit der Mitglieder des Gremiums demokratisch legitimiert sein, die konkrete Entscheidung muss außerdem von einer Mehrheit der legitimierten Mitglieder getragen werden. Fraglich ist, ob der Aufsichtsrat der HOWOGE diese Voraussetzungen erfüllt.

bb) Zusammensetzung des Aufsichtsrats

Der Aufsichtsrat besteht gemäß § 11 des Gesellschaftsvertrags aus 9 Mitgliedern. Bei der HOWOGE besteht die Besonderheit, dass gemäß § 7 des Gesetzes zur sozialen Ausrichtung und Stärkung der landeseigenen Wohnungsunternehmen für eine langfristig gesicherte Wohnraumversorgung²³ eines dieser Mitglieder vom Mieterat gewählt wird. Da die HOWOGE außerdem mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt, werden drei der neun Aufsichtsratsmitglieder gemäß § 11 des Gesellschaftsvertrags i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 3 und § 4

²⁰ BVerfG (Fn. 14) Rn. 137, zitiert nach juris; dazu auch *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2004, § 24 Rn. 16 ff.

²¹ *Ehlers* (Fn. 16), S. 221.

²² § 7 des Gesellschaftsvertrags der HOWOGE Wohnungsbaugesellschaft mit beschränkter Haftung.

²³ Verkündet als Artikel 2 des Gesetzes über die Neuausrichtung der sozialen Wohnraumversorgung in Berlin – WoVG Bln vom 24. November 2015, GVBl. S. 422.

Abs. 1 DrittelbG²⁴ von den Arbeitnehmern gewählt. Die restlichen fünf Mitglieder – und damit eine einfache Mehrheit – werden von der Gesellschafterversammlung und damit dem Land Berlin als Alleingesellschafter gewählt. Die Gesellschafterversammlung folgt bei ihrer Wahl der Aufsichtsratsmitglieder wiederum einer Festlegung, die durch den Senat getroffen wird.²⁵

cc) Beschlussfassung des Aufsichtsrats

Beschlüsse des Aufsichtsrats werden gemäß § 14 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Geht man davon aus, dass die fünf personell legitimierten Aufsichtsratsmitglieder ihre Stimmen einheitlich abgeben,²⁶ dann werden Beschlüsse des Aufsichtsrats – und damit auch die Bestellung der Geschäftsführer – grundsätzlich von der demokratisch legitimierten Mehrheit getroffen.

Die Geschäftsführer als Amtswalter der HOWOGE weisen somit eine hinreichende personell-demokratische Legitimation auf.

b) Sachlich-inhaltliche Legitimation

Fraglich ist, ob auch eine ausreichende sachlich-inhaltliche Legitimation vorliegt. Diese verlangt, dass dem Staat – also hier den personell-demokratisch legitimierten Vertretern – hinreichend Einfluss-, Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten auf die Wahrnehmung der staatlichen Aufgabe zukommen.²⁷

Bei der Rechtsform der GmbH bestehen im Vergleich zur Aktiengesellschaft recht weitreichende Einwirkungsmöglichkeiten auf deren Handeln.²⁸ Zunächst besteht bereits eine

²⁴ Drittelbeteiligungsgesetz vom 18. Mai 2004 (BGBl. I S. 974), zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes vom 24. April 2015 (BGBl. I S. 642).

²⁵ Vgl. Pressemitteilung der Senatskanzlei vom 31.08.2010, abrufbar unter: <https://www.berlin.de/rbmskzl/aktuelles/pressemitteilungen/2010/pressemitteilung.52808.php> (abgerufen am 18.02.2019).

²⁶ Nr. 10 Ausführungsvorschrift zu § 65 LHO, Nr. 48 der Anlage 3 der Beteiligungshinweise (Merkblatt für Aufsichtsratsmitglieder), abrufbar unter: <https://www.berlin.de/sen/finanzen/vermoegen/downloads/artikel.7236.php> (abgerufen am 18.02.2019).

²⁷ *Mayen, Thomas*: Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten, DÖV 2001, S.110, 113; *Ehlers, Dirk*: Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984, S. 132 ff.

²⁸ *Heyer*: Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, Organisationsprivatisierung kommunaler Unternehmen; Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten der Kommunen, 5. März 1996, S. 29.

Einwirkungsmöglichkeit in Form der Festlegung des Unternehmensgegenstandes.²⁹ Der satzungsmäßige Unternehmensgegenstand begrenzt die Geschäftsführungsmacht des gesetzlichen Vertretungsorgans, § 37 Abs. 1 GmbHG³⁰. Eine solche Festlegung des Unternehmensgegenstandes wird in § 2 der Satzung der HOWOGE vorgenommen.³¹ Aus § 37 Abs. 1 GmbHG folgt außerdem ein umfassendes Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung. Dieses Weisungsrecht kann allgemeine Ge- oder Verbote umfassen, sich aber auch auf einzelne Maßnahmen erstrecken. Die Geschäftsführer sind verpflichtet, die Weisungen der Gesellschafterversammlung zu befolgen. Eine Ermächtigung in der Satzung ist für das Weisungsrecht nicht erforderlich.³² Hinzu kommen die weitgehenden Auskunfts- und Einsichtsrechte der Gesellschafter gegenüber den Geschäftsführern aus der Vorschrift des § 51a GmbHG.³³

Diese Befugnisse führen dazu, dass die öffentliche Hand jedenfalls dann hinreichende Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten auf eine GmbH ausüben kann, wenn sie an dieser mehrheitlich beteiligt ist.³⁴

Problematisch könnte im konkreten Fall der HOWOGE allerdings sein, dass bei ihr gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG obligatorisch ein Aufsichtsrat zu bilden ist, dem die Bestellung der Geschäftsführer und die Zustimmung zu in der Satzung aufgezählten Geschäften³⁵ obliegt. Alle Mitglieder des Aufsichtsrats (und damit auch diejenigen, die von der Gesellschafterversammlung gewählt wurden) sind unabhängig und nicht an Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden.³⁶ Das Vorhandensein eines solchen obligatorischen Aufsichtsrats dürfte aber die Einflussmöglichkeiten der öffentlichen Hand nicht wesentlich schmälern. Dies ergibt sich daraus, dass auch in dieser Konstellation die Weisungsbefugnis der Gesellschafterversammlung gegenüber den Geschäftsführern bestehen

²⁹ Ebenda, S. 25.

³⁰ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 (RGBl. S. 846), zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2446).

³¹ Gem. § 2 des Gesellschaftsvertrags ist „Gegenstand des Unternehmens [...] das Betreiben von Immobiliengeschäften jedweder Art, insbesondere die Errichtung und Bewirtschaftung von Wohnungen für breite Schichten der Bevölkerung, darunter Haushalte mit geringem Einkommen, zu tragbaren Belastungen sowie Immobiliengeschäfte, die im öffentlichen Interesse liegen, insbesondere im Rahmen der Berliner Schulbauoffensive (BSO).“

³² Oetker, in: Henssler/Strohn. Gesellschaftsrecht, 4. Auflage. 2019, GmbHG § 37 Rn. 11, zitiert nach beck-online.

³³ Dazu Ehlers (Fn. 27), S. 133.

³⁴ So Heyer (Fn. 28), S. 29.

³⁵ §16 Gesellschaftsvertrag HOWOGE Wohnungsbaugesellschaft mit beschränkter Haftung.

³⁶ Heyer (Fn. 28), S. 28.

bleibt.³⁷ Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, die Zustimmung des Aufsichtsrats bei zustimmungsbedürftigen Geschäften mit einem Beschluss in Dreiviertelmehrheit der Gesellschafterversammlung zu erzwingen (vgl. § 111 Abs. 4 Satz 4 AktG).³⁸ Eine hinreichende sachlich-inhaltliche Legitimation dürfte damit ebenfalls gegeben sein.

Das HOWOGE-ÖÖP-Modell entspricht damit nach der hier vertretenen Auffassung insgesamt dem Gebot der demokratischen Legitimation.

B. Zu Frage 1 b)

Verstößt das HOWOGE-ÖÖP-Modell gegen Art. 33 Abs. 4 GG, wonach die Ausübung hoheitlicher Befugnisse den Angehörigen des öffentlichen Dienstes vorbehalten ist?

Art. 33 Abs. 4 GG bestimmt, dass die Ausübung hoheitlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen ist, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Zu dieser Gruppe zählen die Berufsbeamten, nicht jedoch die arbeits- und tarifrechtlich Beschäftigten des öffentlichen Dienstes.³⁹

Fraglich ist, ob dieser sogenannte „beamtenrechtliche Funktionsvorbehalt“ auf das HOWOGE-ÖÖP-Modell anzuwenden ist. Dazu müsste es sich bei den Aufgaben, die die HOWOGE im Rahmen der Schulbauoffensive übernehmen soll, um die Ausübung hoheitlicher Befugnisse i.S.v. Art. 33 Abs. 4 GG handeln. Was genau unter der „Ausübung hoheitlicher Befugnisse“ zu verstehen ist, ist umstritten.⁴⁰

1. Ausübung hoheitlicher Befugnisse

Uneinigkeit besteht bereits bei der Frage, ob Verwaltungshandeln in Privatrechtsform nicht grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 4 GG ausscheidet.⁴¹ Diese Auffassung dürfte allerdings mit der neueren Rechtsprechung des BVerfG abzu-

³⁷ Vgl. dazu: *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, 21. Aufl. 2017, GmbHG § 37 Rn. 20, zitiert nach beck-online.

³⁸ *Heyer* (Fn. 28), S 29 f; *Zöllner/Noack* (Fn. 37) verlangt nur eine einfache Mehrheit, § 52 Rn. 254.

³⁹ Vgl. dazu: *Badura*, in: Maunz/Dürig, 84. EL August 2018, GG Art. 33 Rn. 55.

⁴⁰ *Jachmann-Michel/Kaiser*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, GG Art. 33 Rn. 31, zitiert nach beck-online.

⁴¹ So: *Hense*, in: BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber, 39. Ed. 15.11.2018, GG Art. 33 Rn. 28, zitiert nach beck-online.

lehnen sein, das in seinem Urteil zum Hessischen Maßregelvollzug festgestellt hat, dass „Art. 33 Abs. 4 GG [...] nicht nur die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben durch öffentliche Träger [regelt], sondern beansprucht Geltung auch für den Fall der Übertragung solcher Aufgaben auf Private.“⁴²

2. Grundrechtsrelevanz von nicht nur untergeordneter Bedeutung

Nachdem geklärt ist, dass der Funktionsvorbehalt auch bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in privatrechtlicher Organisationsform gilt, stellt sich die Frage, was genau unter „hoheitsrechtlichen Befugnissen“ i.S.v. Art. 33 Abs. 4 GG zu verstehen ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts handelt es sich jedenfalls dann um die Ausübung hoheitlicher Befugnisse, wenn Befugnisse zum Grundrechtseingriff im engeren Sinne ausgeübt werden, die öffentliche Gewalt also durch Befehl oder Zwang unmittelbar beschränkend auf grundrechtlich geschützte Freiheiten einwirkt.⁴³ Inwieweit der Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse über diesen engen Bedeutungsinhalt hinausreicht, ließ das BVerfG jedoch offen.

In Rechtsprechung und Literatur besteht zumindest dahingehend Konsens, dass die klassische Eingriffsverwaltung wie Polizei, Justiz und Finanzverwaltung zu den hoheitsrechtlichen Befugnissen gehört.⁴⁴ Gerade in der jüngeren Literatur wird außerdem die Ansicht vertreten, dass neben der Eingriffsverwaltung auch die Leistungsverwaltung bzw. die Daseinsvorsorge als Ausübung hoheitlicher Befugnisse eingestuft werden kann. Nach vermittelnder Ansicht ist für die Ausübung „hoheitsrechtlicher Befugnisse“ deren Eingriffsrelevanz für die Grundrechte entscheidend.⁴⁵ Im Bereich der Leistungsverwaltung wird deshalb die Gewährung grundrechtswesentlicher Leistungen bspw. die Sozialhilfegewährung als Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse eingeordnet.⁴⁶

Die Bereitstellung von Schulen dürfte als Teilbereich der Daseinsvorsorge einzuordnen sein. Nach den oben dargestellten Grundsätzen kommt auch hier die Anwendung des Funktionsvorbehalts generell in Betracht. Für die Anwendbarkeit des Funktionsvorbehalts müssten die von der HOWOGE im Rahmen der Schulbauoffensive übernommenen Aufgaben jedoch eine Grundrechtsrelevanz von nicht nur untergeordneter Bedeutung darstellen.

⁴² BVerfG, Urteil vom 18. Januar 2012 – 2 BvR 133/10, Rn. 135, zitiert nach juris.

⁴³ BVerfG (Fn. 42), Rn. 140, zitiert nach juris.

⁴⁴ Pieper, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, 14. Auflage 2018, Art. 33 Rn. 109.

⁴⁵ Jachmann-Michel/Kaiser (Fn. 40) Rn. 34, zitiert nach beck-online; Pieper (Fn. 44) Rn. 112; Hense (Fn. 41) Rn. 28, zitiert nach beck-online.

⁴⁶ Jachmann-Michel/Kaiser (Fn. 40) Rn. 34, zitiert nach beck-online.

Das „Recht auf Bildung“ ist in Artikel 20 Satz 1 VvB⁴⁷ als Teilhaberecht ausgestaltet.⁴⁸ Da die Bereitstellung von Schulen letztendlich der Verwirklichung dieses Grundrechts dient, kann den Aufgaben, die die HOWOGE im Rahmen der Schulbauoffensive übernimmt, eine gewisse Grundrechtsrelevanz nicht abgesprochen werden.

Diese Grundrechtsrelevanz dürfte allerdings nur von untergeordneter Bedeutung sein. Dafür spricht insbesondere ein Vergleich mit der Tätigkeit von Lehrkräften: Diese haben intensive erzieherische Einflussmöglichkeiten auf Schüler, können Ordnungsmaßnahmen treffen, benoten die Leistung der Schüler und treffen Entscheidungen über Versetzung oder Überweisung an andere Schulen. Diese Tätigkeiten werden von einigen Stimmen in der Literatur als erheblich grundrechtsrelevant eingeschätzt. Infolgedessen wären Lehrkräfte aufgrund des Funktionsvorbehaltes nach Art. 33 Abs. 4 GG zu verbeamten.⁴⁹ Das BVerfG teilt diese Auffassung jedoch nicht. So hat es seit dem Jahr 2007 wiederholt die Übertragung des Lehramts auf tarifliche Beschäftigte für mit Art. 33 Abs. 4 GG vereinbar erklärt, da Lehrer „in der Regel nicht schwerpunktmäßig hoheitlich geprägte Aufgaben“ wahrnehmen.⁵⁰

Wenn aber schon die Aufgaben von Lehrern im Schwerpunkt keine hoheitlichen Befugnisse darstellen sollen, so erscheint es eher fernliegend, den Aufgaben der HOWOGE im Rahmen der Schulbauoffensive eine Grundrechtsrelevanz von nicht nur untergeordneter Bedeutung zuzuordnen. Hinzu kommt, dass die HOWOGE, wie in der Einführung erläutert, die ihr übertragenen Aufgaben in Abstimmung mit den Senatsverwaltungen und den Bezirken wahrnimmt. Wesentliche Entscheidungen, wie etwa die Erstellung des Bedarfsprogramms, werden gemäß § 3 Abs. 1 des Rahmenvertrags von der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie übernommen. Die HOWOGE wird hier nur unterstützend tätig. Auch die Entwurfsplanung ist mit der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie sowie den Bezirken abzustimmen, vgl. § 4 Abs. 2 Rahmenvertrag. Damit sind an den wesentlichen Planungsschritten Beamte aus der Senatsverwaltung und den jeweiligen Bezirken beteiligt. Ein Verstoß des HOWOGE-ÖÖP-Modells gegen den beamtenrechtlichen Funktionsvorbehalt in Art. 33 Abs. 4 GG kann deshalb nicht festgestellt werden.

⁴⁷ Verfassung von Berlin vom 23. November 1995 (GVBl. S. 779), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. März 2016 (GVBl. S. 114).

⁴⁸ *Driehaus, Hans-Joachim*: Verfassung von Berlin, 2. Auflage 2005, Art. 20 Rn. 2 f.

⁴⁹ So etwa: *Jachmann-Michel/Kaiser* (Fn. 40) Rn. 34 mit weiteren Nachw., zitiert nach beckenonline.

⁵⁰ BVerfG, Beschluss vom 19.09.2007 – 2 BvF 3/02, Rn. 65; zitiert nach juris; BVerfG, Urteil vom 12.06.2018 – 2 BvR 1738/12, Rn. 188, zitiert nach juris.

C. Zu Frage 1 c)

Wird durch den Entwurf des Rahmenvertrags die Zuständigkeitsverteilung zwischen Senat und Bezirken verletzt?

Wie bereits eingangs erläutert, soll die HOWOGE im Rahmen der Schulbauoffensive den Neubau insbesondere von weiterführenden Schulen übernehmen sowie an insgesamt zehn Standorten Großsanierungen durchführen. Der Rahmenvertrag statuiert dabei die Rahmenbedingungen für diese Aufgabenwahrnehmung. Er regelt, inwieweit sich die HOWOGE mit den Bezirken und insbesondere der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie beim Schulbau abstimmen muss und wie das anschließende Mietverhältnis auszugestalten ist. Die Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie übernimmt aufgrund der Regelungen des Rahmenvertrages teilweise die Rolle des Bedarfsträgers.⁵¹

Zu prüfen ist, ob diese Aufgabenübertragung mit der Zuständigkeitsverteilung zwischen Senat und Bezirken vereinbar ist.

1. Zuständigkeitsverteilung zwischen Senat und Bezirken bei Schulverwaltungsaufgaben

Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Senat und Bezirken im Rahmen der Verwaltung richtet sich zunächst nach den Bestimmungen in Art. 66 Abs. 2 und Art. 67 VvB. Nach Art. 66 Abs. 2 VvB erfüllen die Bezirke ihre Aufgaben nach den Grundsätzen der Selbstverwaltung und nehmen regelmäßig die örtlichen Verwaltungsaufgaben wahr. Der Senat hingegen nimmt nach Art. 67 Abs. 1 VvB durch seine Hauptverwaltung Aufgaben von gesamtstädtischer Bedeutung wahr, zu denen nach Nr. 1 insbesondere Leitungsaufgaben gehören.⁵²

a) Zuständigkeit des Senats nach Art. 67 Abs. 1 VvB?

Fraglich ist, ob es sich bei den Aufgaben, die laut Rahmenvertrag von der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie als Hauptverwaltung wahrgenommen werden, um Leitungsaufgaben handelt, so dass sich die Zuständigkeit der Senatsverwaltung aus Art. 67 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VvB ableiten könnte.

⁵¹ Vgl. dazu auch den letzten Absatz der Präambel des Rahmenvertrags.

⁵² Vgl. dazu: *Musil/Kirchner*, Das Recht der Berliner Verwaltung, 4. Auflage 2017, Rn. 120 ff.

Gemäß Art. 67 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VvB zählen zu den Leitungsaufgaben die Aufgabenbereiche Planung, Grundsatzangelegenheiten, Steuerung und Aufsicht, somit vorwiegend ministerielle Aufgaben.⁵³

Die Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie handelt laut Rahmenvertrag (RV) als Bedarfsträger. Sie erstellt dazu mit Unterstützung der HOWOGE und in Abstimmung mit dem jeweiligen Bezirk ein Bedarfsprogramm, vgl. § 3 Abs. 1 RV. Außerdem schließt sie mit der HOWOGE und dem jeweiligen Bezirksamt eine Projektvereinbarung, in der die Errichtung der Schule und die maßgeblichen Parameter dafür vereinbart werden, vgl. § 4 Abs. 1 RV. Die anschließende Entwurfsplanung ist mit ihr und den Bezirken abzustimmen, § 4 Abs. 2 RV. Außerdem ist sie bei dem Abschluss der Mietverträge zu beteiligen, § 6 Abs. 1 RV. Im Rahmen der Sanierungen wird sie bei der Bestätigung des Sanierungskonzepts einbezogen, vgl. § 10 Abs. 1 RV.

Von diesen dargestellten Aufgaben könnte die Erstellung des Bedarfsprogramms als ministerialtypische Planungsaufgabe und damit als Leitungsaufgabe zu qualifizieren sein. Dafür spricht etwa die Regelung in § 105 Abs. 3 Satz 1 SchulG, nach dem die für das Schulwesen zuständige Senatsverwaltung (Schulaufsichtsbehörde) im Benehmen mit den Bezirken den Schulentwicklungsplan aufstellt, in dem der gegenwärtige und zukünftige Schulbedarf ausgewiesen wird. Anders dürfte es sich aber bei den weiteren durch die Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie laut Rahmenvertrag übernommenen Aufgaben darstellen. Eine Zuständigkeit der Hauptverwaltung für diese Aufgaben besteht deshalb nicht nach Art. 67 Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 VvB

b) Zuständigkeit des Senats aufgrund gesetzlicher Zuweisung, Art. 67 Abs. 3 VvB?

Außerhalb der Leitungsaufgaben können dem Senat aber auch andere Aufgaben durch Gesetz mit zusammenfassendem Zuständigkeitskatalog zugeordnet werden, vgl. Art. 67 Abs. 3 VvB. Entsprechendes Gesetz ist das Allgemeine Zuständigkeitsgesetz (AZG)⁵⁴ nebst seiner Anlage (Allgemeiner Zuständigkeitskatalog). Nach § 4 Abs. 1 Satz 2 AZG sind alle dort nicht aufgeführten Aufgaben solche der Bezirke.

⁵³ *Driehaus* (Fn. 48), Art. 67 Rn. 2; *Musil/Kirchner* (Fn. 52) Rn. 122; *Hermes/Weiß*, Zur geplanten Einbindung der HOWOGE Wohnungsbaugesellschaft in die Umsetzung der „Berliner Schulbauoffensive“, Rechtsgutachterliche Stellungnahme im Auftrag des Landes Berlin, vertreten durch die Senatsverwaltung für Finanzen, September 2018, S. 11.

⁵⁴ Allgemeines Zuständigkeitsgesetz in der Fassung vom 22. Juli 1996 (GVBl. S. 302, 472), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 4. März 2019 (GVBl. S. 210).

Gemäß Nr. 16 Abs. 1 des Allgemeinen Zuständigkeitskatalogs stellt zwar die Schulaufsicht eine Aufgabe der Hauptverwaltung dar, zu schulischen Baumaßnahmen findet sich im AZG hingegen keine Zuweisung an den Senat. Die Verwaltung und Unterhaltung der äußeren Angelegenheiten der allgemein bildenden Schulen obliegt vielmehr gemäß § 109 Abs. 1 Satz 2 BerlSchulG den Bezirken. Dazu gehören gemäß Satz 2 die Maßnahmen zur Schaffung der äußeren Voraussetzungen für das Lehren und Lernen in der Schule, insbesondere der Bau, die Ausstattung und die Unterhaltung der Schule.

Damit besteht für den Senat keine originäre Aufgabenzuständigkeit für den Neubau und die Sanierung von Schulen. Für diese Aufgaben sind die Bezirke gemäß § 109 Abs. 1 BerlSchulG zuständig.

c) Aufgabenerfüllung im Wege der Amtshilfe?

Da nach den oben angestellten Erwägungen die Bezirke für den Schulbau verantwortlich sind, kann die Kompetenzverteilung zwischen Senat und Bezirk nur gewahrt bleiben, soweit sich die von der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie übernommenen Aufgaben als Amtshilfe im Sinne des § 4 VwVfG⁵⁵ qualifizieren lassen.

Amtshilfe kommt im Rahmen der gesamten öffentlich-rechtlichen Tätigkeit von Verwaltungsbehörden in Betracht.⁵⁶ Darüber hinaus ist Amtshilfe möglich für die Durchführung von Maßnahmen, die nicht selbst öffentlich-rechtliche Tätigkeit sind, aber der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen.⁵⁷ Damit dürften die Amtshilfegrundsätze grundsätzlich auch im Bereich des Schulbaus anwendbar sein.

Damit es sich um Amtshilfe im Sinne von § 4 Abs. 1 VwVfG handelt, müssten die von der Senatsverwaltung übernommenen Aufgaben eine ergänzende Hilfe darstellen, die sie auf Ersuchen der Bezirke wahrnehmen, vgl. Legaldefinition in § 4 Abs. 1 VwVfG. Amtshilfeersuche bedürfen, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, keiner besonderen Form, sie könnten insbesondere auch mündlich oder telefonisch gestellt werden.⁵⁸ Inwieweit ein solches „Ersuchen“ der Bezirke bereits im Vorfeld stattgefunden hat, ist hier

⁵⁵ In Berlin gilt das VwVfG des Bundes gem. § 1 Abs. 1 des Gesetzes über das Verfahren der Berliner Verwaltung vom 21. April 2016, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 5. Juli 2018 (GVBl. S. 462).

⁵⁶ *Ramsauer* in: Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 19. Auflage 2018, § 4 Rn. 3.

⁵⁷ *Schmitz* in: Stelken/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Auflage 2018, § 4 Rn. 26, zitiert nach beck-online.

⁵⁸ *Ramsauer* (Fn. 56), § 4 Rn. 14.

nicht bekannt.⁵⁹ Dadurch, dass die Bezirke den Rahmenvertrag mit den Senatsverwaltungen und der HOWOGE selbst unterschreiben, dürfte aber spätestens in der Unterzeichnung des Vertrages ein Ersuchen der Bezirke zu sehen sein.

Zu klären bleibt, ob es sich bei den von der Senatsverwaltung übernommenen Tätigkeiten auch um eine nur ergänzende Hilfe handelt.

„Ergänzende Hilfe“ bedeutet, dass nur für einzelne Teile einer Aufgabe bzw. einer Zuständigkeit Amtshilfe in Anspruch genommen werden darf, nicht jedoch für die gesamte Erledigung von Aufgaben.⁶⁰ Keine (ergänzende) Amtshilfe liegt daher vor, wenn nicht nur eine Teilmaßnahme erbracht werden soll, sondern das Verfahren insgesamt oder ein wesentlicher Teil bzw. ein selbständiger Verfahrensabschnitt mit eigener Bedeutung erbracht wird. Ob noch (Amts)Hilfe zu einem „fremdem Verfahren“ vorliegt oder bereits ein selbständiges Verfahren bei der ersuchten Behörde, muss nach den Umständen des Einzelfalls entschieden werden.⁶¹

d) Beteiligung der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie

Zu prüfen ist, ob die von der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie übernommenen und oben dargestellten Aufgaben, mit Ausnahme der Erstellung des Bedarfsprogrammes (bei der es sich wohl um eine Leitungsaufgabe und damit um eine originäre Aufgabe der Hauptverwaltung handeln dürfte, vgl. Ausführungen unter 1. a)), sich als Amtshilfe qualifizieren lassen. Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu beachten, dass die Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie alle ihr laut Rahmenvertrag zugewiesenen Tätigkeiten, wie etwa den Abschluss der Projektvereinbarungen und die Abstimmung der Entwurfsplanung (§ 4 Abs. 1 und Abs. 2 RV), in Abstimmung mit den Bezirken wahrnimmt. Dieses strenge Abstimmungserfordernis deutet darauf hin, dass die Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie hier eine nur ergänzende Hilfe leistet und im Rahmen der Amtshilfe für die jeweiligen Bezirke tätig wird.

2. Beteiligung der HOWOGE

Mit der Unterzeichnung des Rahmenvertrages übertragen die Bezirke nicht nur der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie bestimmte Aufgaben. Auch die

⁵⁹ Für den Bezirk Pankow ergibt sich aus der Beantwortung der Schriftlichen Anfrage Drs. 18/15026, insbes. Frage 9 und 19, dass dieser Bezirk ein Amtshilfeersuchen gestellt hat.

⁶⁰ *Ramsauer* (Fn. 56), § 4 Rn. 12.

⁶¹ *Schmitz* (Fn. 57), § 4 Rn. 28.

HOWOGE übernimmt partiell Aufgaben des Schulbaus, die den Bezirken nach § 109 Abs. 1 SchulG originär zugewiesen sind. Fraglich ist, ob diese Aufgabenwahrnehmung durch die HOWOGE mit der Aufgabenzuweisung an die Bezirke in § 109 Abs. 1 SchulG vereinbar ist.

Grundsätzlich dürfen Behörden nicht von sich aus auf Zuständigkeiten verzichten, die ihnen durch Gesetz ausdrücklich zugewiesen sind.⁶² Zu klären ist deshalb, ob die Bezirke mit der Unterzeichnung des Rahmenvertrags auf die ihnen gem. § 109 Abs. 1 SchulG zugewiesene Aufgabe in unzulässiger Weise verzichten.

Bei der Beurteilung dieser Frage ist zunächst die Art und Weise der Einbeziehung der HOWOGE in den Schulbau näher zu untersuchen. Im Kern regelt der Rahmenvertrag, dass eine Gesellschaft des privaten Rechts, deren einziger Gesellschafter das Land Berlin ist, Planungs- Finanzierungs- und Ausführungsaufgaben beim Schulneubau und bei Schulsanierungen wahrnimmt. Dabei handelt es sich grundsätzlich um eine Privatisierung.⁶³ Der Begriff der Privatisierung umfasst jedoch rechtlich unterschiedlich zu bewertende Formen von Privatisierung. Zu unterscheiden sind vor allem formelle und materielle Privatisierungen.⁶⁴

Bei der formellen Privatisierung, auch Organisationsprivatisierung genannt, bedient sich der Verwaltungsträger zur Aufgabenwahrnehmung der Formen des Privatrechts, z. B. durch Schaffung von Eigengesellschaften. Privatisiert wird nur die Organisation der Aufgabe, nicht die öffentliche Aufgabe selbst. Die Verwaltung soll von den Fesseln des öffentlich-rechtlichen Organisationsrechts befreit werden, um u. a. flexibler und kostengünstiger handeln zu können.⁶⁵

Im Gegensatz dazu findet bei der materiellen Privatisierung eine wirkliche Aufgabenverlagerung (Aufgabenprivatisierung) statt. Die Aufgabe als solche wird von der öffentlichen Verwaltung aufgegeben.⁶⁶

⁶² *Sellmann, Christian*: Privatisierung mit oder ohne gesetzliche Ermächtigung, NVwZ 2008, 817.

⁶³ So *Schmitz* (Fn. 57), § 1 Rn. 122; anders: *Gramm, Christof*: Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, Berlin 2000, S. 110, der die formelle Privatisierung nicht als Unterfall der Privatisierung einstuft, weil es nicht um die Beteiligung von echten Privatpersonen an der staatlichen Aufgabenerfüllung gehe, sondern lediglich um einen Wechsel in der Rechtsform.

⁶⁴ *Schmitz* (Fn. 57), § 1 Rn. 122.

⁶⁵ *Schmitz* (Fn. 57), § 1 Rn. 124; *Gröpl*, in Maunz/Dürig, Grundgesetz, Werkstand: 85. EL November 2018, Art. 89 Rn. 91; *Gramm* (Fn. 63) S. 110.

⁶⁶ *Schmitz* (Fn. 57), § 1 Rn. 129.

Die Bezirke sind nach den Regelungen des Rahmenvertrags weiterhin bei der Planung der Bauvorhaben involviert und haben erhebliche Mitspracherechte. Die HOWOGE muss sowohl das Bedarfsprogramm (§ 3 RV), die Projektplanung (§ 4 Abs. 1 RV) und die Entwurfsplanung (§ 4 Abs. 2 RV) mit den Bezirken abstimmen. Damit werden der HOWOGE lediglich Ausführungskompetenzen übertragen, nicht jedoch die Aufgabe selbst. Bei dem HOWOGE-ÖÖP-Modell dürfte es sich damit um eine sog. formelle Privatisierung handeln.⁶⁷ Eine vollständige Aufgabenübertragung, die der Regelung in § 109 Abs. 1 SchulG widersprechen würde, findet damit nicht statt.

Der Entwurf des Rahmenvertrages verletzt damit die Zuständigkeitsverteilung zwischen Senat und Bezirken und zwischen Bezirk und HOWOGE nicht.

D. Zu Frage 1 d)

Verstößt der Entwurf des Rahmenvertrages gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Länder im Sinne des § 7 LHO Berlin?

1. Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

Nach dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit ist die günstigste Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln (Ressourcen) anzustreben. Die günstigste Zweck-Mittel-Relation besteht darin, dass ein bestimmtes Ergebnis mit möglichst geringem Einsatz von Mitteln oder mit einem bestimmten Einsatz von Mitteln das bestmögliche Ergebnis erzielt wird.⁶⁸ Die Wirtschaftlichkeit ist das Leitprinzip des gesamten Haushaltsrechts. Es bindet alle Amtsträger und gilt für alles staatliche Handeln.⁶⁹ Nach dem Grundsatz der Sparsamkeit sind die einzusetzenden Mittel auf den zur Erfüllung der Aufgabe unbedingt notwendigen Umfang zu beschränken.⁷⁰ Überwiegend wird ihm neben

⁶⁷ So auch *Hermes/Weiß* (Fn. 53) S.16 f, die die Einbindung der HOWOGE als formelle Privatisierung mit Elementen funktionaler Privatisierung einstufen. Auch bei einer sog. funktionalen Privatisierung verbleibt die Aufgabenzuständigkeit und -verantwortung bei dem Träger der öffentlichen Verwaltung. Es wird lediglich der Vollzug der Aufgabe auf einen Privaten übertragen. Siehe dazu: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz, 9. Aufl. 2018, VwVfG § 1 Rn. 134.

⁶⁸ AV zu § 7 LHO Nr. 1, abrufbar unter: <https://www.berlin.de/sen/finanzen/haushalt/downloads/artikel.6391.php>; *Nöhrbaß*, in: Pisch, Bundeshaushaltsrecht, 47. Erg.-Lfg. Januar 2013, § 7 Rn. 2.

⁶⁹ *Von Lewinski/Burbar*, Haushaltsgrundsätzegesetz, 1. Auflage 2013, § 6 Rn. 6.

⁷⁰ AV zu § 7 LHO Nr. 1 (Fn. 68).

dem Gebot der Wirtschaftlichkeit keine eigenständige Bedeutung beigemessen, da der Begriff der Sparsamkeit vom Begriff der Wirtschaftlichkeit umfasst wird.⁷¹

Fraglich ist, ob die Regelungen im Rahmenvertrag das Gebot der Wirtschaftlichkeit erfüllen. Dafür müsste das im Rahmenvertrag vorgesehene HOWOGE-ÖÖP-Modell die günstigere Zweck-Mittel-Relation im Vergleich zu der traditionellen Realisierung von Schulbauvorhaben allein durch die Bezirke aufweisen. Bei dem anzulegenden Prüfungsmaßstab ist Folgendes zu beachten: Da das Wirtschaftlichkeitsprinzip einen unbestimmten Rechtsbegriff darstellt, wird den zuständigen Stellen bei der Einschätzung der Wirtschaftlichkeit einer Maßnahme ein gewisser Spielraum zugestanden werden müssen. § 7 Abs. 1 Satz 1 LHO wird deshalb solange nicht verletzt, wie die zugrunde liegende Entscheidung vertretbar erscheint.⁷² Darüber hinaus kann im Rahmen dieses juristischen Gutachtens keine detaillierte Analyse der durch den Rahmenvertrag entstehenden Kosten im Verhältnis zu den im traditionellen Modell entstehenden Kosten erfolgen.

2. Verstoß gegen das Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit?

Im Rahmen einer abstrakten Einschätzung lässt sich feststellen, dass durch die Beteiligung der HOWOGE Transaktionskosten anfallen, die bei der traditionellen Realisierung durch die Bezirke nicht anfallen würden. Dazu gehören u. a. die durch die Grundstücksgeschäfte entstehenden Kosten (etwa Notar, Grundbuchamt, Grunderwerbsteuer).⁷³

Weiterhin sind die Kosten der Kreditaufnahme für ein privates Unternehmen in der Regel höher als für das Land Berlin, wenn es selbst die zur Finanzierung der Schulbauoffensive erforderlichen Kredite aufnehmen würde. Dabei ist jedoch anzumerken, dass durch die im Rahmenvertrag vorgesehene Forfaitierung mit Einredevorzicht gegenüber den finanzierenden Banken⁷⁴ ein nur unwesentlich höheres Zinsniveau beim HOWOGE-Modell zu erwarten ist.⁷⁵

⁷¹ *Von Lewinski/Burba* (Fn. 69), § 6 Rn. 8; *Demir*, in: Heuer/Scheller, Kommentar zum Haushaltsrecht, Erg.-Lfg. 67 August 2018, § 7 Rn. 9; *Gröpl*, in: BHO/LHO, 2. Auflage § 7 Rn. 7; *Nöhrbaß* (Fn. 68), Rn. 2.

⁷² *Gröpl* (Fn. 71), § 7 Rn. 19; *Dittrich*, Bundeshaushaltsordnung, 56. Aktualisierung Januar 2019, § 7 Rn. 6; ähnlich: *Demir* (Fn. 71), § 7 Rn. 20.

⁷³ So auch: *Beckers/Ryndin* (Fn. 2), S. 9, 23; *Hermes/Weiß* (Fn. 53), S. 20.

⁷⁴ § 6 Abs. 4 Rahmenvertrag.

⁷⁵ Die Senatsverwaltung für Finanzen geht von einer Zinsdifferenz von zurzeit 0,2 Prozent aus: Abrufbar unter: <https://www.berlin.de/sen/finanzen/haushalt/schulbauoffensive/howoge/> Frage: „Wie hoch werden die Mehrkosten sein? Stichworte: Zinsunterschied, akkumuliert über die Laufzeit des Kredits“ (zuletzt abgerufen am: 18.03.2019).

Bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit des Modells ist ebenfalls ein Blick darauf zu werfen, ob durch die konkrete Ausgestaltung des Rahmenvertrags für die HOWOGE Anreize zu einer effizienten Aufgabenerledigung gesetzt werden⁷⁶ oder ob u. U. das Gegenteil der Fall ist.

Problematisch könnte hier sein, dass die HOWOGE gemäß § 4 Nr. 7 RV für ihre Projektentwicklungsleistungen einen Ausgleich in Höhe von 5 % der Investitionssumme des jeweiligen Projekts erhält. Außerdem erhält sie eine jährliche Assetmanagement-Gebühr in Höhe von 0,2 % der Investitionssumme des jeweiligen Projekts.⁷⁷ Durch diese prozentuale Bindung der Vergütung an die Investitionssumme könnte die HOWOGE – rein abstrakt betrachtet – ein Interesse an höheren Investitionskosten haben, was grundsätzlich dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit widersprechen könnte.⁷⁸ Andererseits muss hier aber auch berücksichtigt werden, dass gerade weil die Assetmanagement-Gebühr dazu führt, dass die HOWOGE durch die Beteiligung an der Schulbauoffensive Gewinne zu erwarten hat, die Kosten für die Kapitalaufnahme niedrig gehalten werden können, da für die finanzierenden Banken kaum Risiken bestehen. Hinzu kommt, dass Gewinne der HOWOGE wiederum dem Alleingesellschafter, also dem Land Berlin, zu Gute kommen würden.⁷⁹

Darüber hinaus finden sich im Rahmenvertrag Regelungen, die auf ein wirtschaftliches Handeln der HOWOGE hinwirken. So ist etwa nach § 4 Abs. 2 RV die Entwurfsplanung entweder (vorrangig) durch externe Sachverständige oder im 4-Augen-Prinzip durch den Controllingbereich der HOWOGE insbesondere auf die Angemessenheit der Kosten hin zu überprüfen. Außerdem findet eine parlamentarische Kontrolle der HOWOGE durch den Unterausschuss Beteiligungsmanagement und -controlling des Hauptausschusses statt. Zusätzlich erhält der Hauptausschuss halbjährlich einen schulscharfen Bericht über Bau-, Sanierungs- und Unterhaltungsmaßnahmen im Rahmen der Schulbauoffensive.⁸⁰

Abschließend kann festgehalten werden, dass theoretisch durch das HOWOGE-ÖÖP-Modell womöglich etwas höhere Kosten anfallen könnten als bei der klassischen Wahrnehmung dieser Aufgaben durch die Bezirke. Abstrakt betrachtet würde damit das klassische Modell, bei dem die Bezirke den Schulbau selbst übernehmen, eine bessere Zweck-Mittel-Relation aufweisen.

⁷⁶ *Beckers/Ryndin* (Fn. 2), S. 24.

⁷⁷ § 6 Nr. 2c) Rahmenvertrag.

⁷⁸ In diesem Sinne auch *Beckers/Ryndin* (Fn. 2), S. 24 f.

⁷⁹ *Beckers/Ryndin* (Fn. 2), S. 23 f.

⁸⁰ Vgl. Dringliche Beschlussempfehlung des Hauptausschusses vom 11.12.2017, Drs. 18/0700, II.B.61.

Dies trifft allerdings nur unter der Voraussetzung zu, dass die Bezirke die an die HOWOGE abgegebenen Aufgaben in effizienter Weise auch selbst erbringen könnten. Dies dürfte aber angesichts der aktuellen personellen Lage in den Bezirken kritisch zu sehen sein.⁸¹

Unter Berücksichtigung dieses Punktes und der Erfahrung mit großen Bauprojekten in Berlin spricht viel dafür, dass die Einbindung der HOWOGE in den Schulbau unter Wirtschaftlichkeitserwägungen zumindest nicht unvertretbar ist. Daher kann ein Verstoß gegen das Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Sinne des § 7 LHO hier nicht festgestellt werden.

E. Zu Frage 1e)

Wäre die Unterzeichnung einer Bauvorbereitungsvollmacht für die HOWOGE seitens der jeweiligen Berliner Bezirke rechtlich unbedenklich?

Zu klären ist zunächst, was unter einer Bauvorbereitungsvollmacht zu verstehen ist. Sodann stellt sich die Frage, ob die Erteilung einer solchen Vollmacht durch die jeweiligen Bezirke rechtlich bedenklich ist.

1. Inhalt einer Bauvorbereitungsvollmacht

Bei der Bauvorbereitungsvollmacht handelt es sich um eine Vollmacht, die der Verkäufer eines Grundstücks dem Käufer klassischerweise im Rahmen eines Grundstückskaufvertrages erteilt. Diese Vollmacht ermöglicht es dem Käufer, schon nach Vertragsschluss aber noch vor seiner Eintragung im Grundbuch, bauvorbereitende Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Kaufobjekt vorzunehmen, zu denen sonst nur der Eigentümer eines Grundstücks befugt ist. Dazu gehört etwa die Einleitung und Betreibung aller notwendigen Genehmigungsverfahren bei Ämtern und sonstigen Behörden.⁸² Die Bauvorbereitungsvollmacht bietet sich deshalb insbesondere dann an, wenn mit einer längeren Vertragsabwicklung zu rechnen ist.⁸³ In diesen Fällen hat sie Beschleunigungscharakter für den jeweiligen Käufer, weil er mit den Vorbereitungshandlungen unmittelbar beginnen kann und nicht bis zu seiner Eintragung im Grundbuch warten muss.

⁸¹ Eine Analyse, inwieweit die Personalkapazitäten und damit die Leistungsfähigkeit bei den Bezirken zeitnah ausgebaut werden könnten, um diese Aufgaben zu übernehmen, kann im Rahmen eines WPD-Gutachtens nicht vorgenommen werden.

⁸² NotBZ, 2006, Die Bauvorbereitungsvollmacht im Grundstückskaufvertrag, S. 14 f.

⁸³ Gebele, in: Hoffmann-Becking/Gebele, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 13. Auflage 2019, Form. III. B. 1. Rn. 22, zitiert nach beck-online.

Wie umfassend die Vollmacht ist und inwieweit Risiken für den Vollmachtgeber bestehen, ist eine Frage ihrer Ausgestaltung. Um den Verkäufer bzw. Vollmachtgeber von Kosten und Haftungsrisiken möglichst frei zu halten, sehen Mustervollmachten meist vor, dass der Verkäufer keine Kosten übernimmt und der Käufer das Vertragsobjekt nur auf eigene Gefahr betreten darf.⁸⁴

2. Risiken für die Bezirke

Fraglich ist, ob durch die Erteilung einer oben dargestellten Bauvorbereitungsvollmacht rechtliche Risiken für die Bezirke zu erwarten sind.

Zwar werden im Rahmen der Schulbauoffensive keine klassischen Grundstückskaufverträge zwischen der HOWOGE und dem Land Berlin geschlossen. Trotzdem dürften die oben erläuterten Grundsätze auch hier Anwendung finden, da für die HOWOGE Erbbaurechte an den entsprechenden Schulgrundstücken bestellt werden und das Erbbaurecht wie ein Grundstück (grundstücksgleiches Recht) behandelt wird.⁸⁵

Inwieweit sich durch die Unterzeichnung einer Bauvorbereitungsvollmacht rechtliche Risiken für die Bezirke ergeben, kann nur schwer beurteilt werden, da die exakte Formulierung einer solchen Vollmacht bisher nicht veröffentlicht wurde. Soweit die Bauvorbereitungsvollmacht dahingehend formuliert wird, dass der Bezirk von allen Kosten und jeglicher Inanspruchnahme freigestellt wird, die im Zusammenhang mit der Ausübung der Vollmacht entstehen, sind die mit ihr einhergehenden Risiken als gering zu bewerten. Die Unterzeichnung einer Bauvorbereitungsvollmacht wäre unter diesen Voraussetzungen als weitgehend rechtlich unbedenklich anzusehen.

F. Zu Frage 2

Stellt der Entwurf des Rahmenvertrages bzw. das „HOWOGE-ÖÖP-Modell“ an sich eine unzulässige Umgehung der Schuldenbremse dar?

Regelungen zur deutschen Schuldenbremse finden sich in Art. 109 Abs. 3 GG. In Satz 1 der Vorschrift heißt es:

⁸⁴ Vgl. Musterformular bei *Gebele* (Fn. 83) in § 4 Abs. 5.

⁸⁵ *Staudinger*, in: Schulze, HK-BGB, 10. Auflage 2019, § 1012ex Rn. 2, zitiert nach beck-online.

„Art. 109

(...)

(3) Die Haushalte von Bund und Ländern sind grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen. (...)

Dieses verfassungsrechtliche Verschuldungsverbot gilt für die Länder gemäß der Übergangsregelung in Art. 143 d Abs. 1 GG ab dem Haushaltsjahr 2020.⁸⁶ Die Länder haben gemäß Art. 109 Absatz 3 Satz 5 die Möglichkeit, nähere Ausgestaltungen vorzunehmen, es besteht aber keine Ausgestaltungspflicht. Solange die Länder keine näheren Ausgestaltungen vornehmen, bleibt es für sie deshalb uneingeschränkt bei dem Grundsatz des Satzes 1.⁸⁷ Im Land Berlin gibt es bisher keine landesgesetzliche Ausgestaltung zur grundgesetzlichen Schuldenbremse. Damit gilt im Land Berlin ab dem Haushaltsjahr 2020 das Verbot der Nettokreditaufnahme nach Art. 109 Abs. 3 Satz 1 GG.⁸⁸

Mangels einer landesgesetzlichen Regelung ist deshalb zu prüfen, ob das HOWOGE-ÖÖP-Modell eine unzulässige Umgehung der Schuldenbremse aus Art. 109 Abs. 3 GG darstellt. Darüber hinaus kommt ein Verstoß gegen europäische Regelungen in Betracht.

1. Schuldenbremse aus Art. 109 Abs. 3 GG

a) Grundsatz

Nach dem Wortlaut des Art. 109 Abs. 3 Satz 1 GG sind die Haushalte von Bund und Ländern grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen. Fraglich ist, ob die Kreditaufnahme durch die HOWOGE – als landeseigene aber privatrechtlich organisierte Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit – dem Land Berlin zuzurechnen ist und damit unter das Verbot des Art. 109 Abs. 3 Satz 1 GG fällt.

Nach allgemeiner Meinung erfasst die in Art. 109 Abs. 3 Satz 1 GG verankerte Schuldenbremse allein die Haushalte von Bund und Ländern.

⁸⁶ Kube, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 85. EL November 2018, Art. 109 GG Rn. 116 iVm. Erl. zu Art. 143d Rn. 14.

⁸⁷ Heintzen, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 109 Rn. 41, zitiert nach beck-online.

⁸⁸ Vgl. dazu auch die Ausführungen der Senatsverwaltung für Finanzen zur Umsetzung der Schuldenbremse im Land Berlin, abrufbar unter: <https://www.berlin.de/sen/finanzen/haushalt/haushaltsueberwachung/schuldenbremse/artikel.746375.php> (abgerufen am 25.02.2019).

Dazu gehören ihre rechtlich unselbständigen Sondervermögen, nicht hingegen die Haushalte anderer selbständiger juristischer Personen des öffentlichen oder privaten Rechts.⁸⁹ Dies folgt aus dem anerkannten Grundsatz des Haushaltsrechts, dass verschiedene Rechtsträger getrennt voneinander zu betrachten sind.⁹⁰ Als Konsequenz dieser Auslegung folgt für den hier zu beurteilenden Fall der Kreditaufnahme durch die HOWOGE, dass diese Kredite nicht dem Haushalt des Landes Berlin zuzurechnen sind, mithin grundsätzlich nicht unter Art. 109 Abs. 3 GG fallen.

b) Ausnahmen

Kreditaufnahmen durch Dritte stellen sich jedoch dann haushaltsverfassungsrechtlich als problematisch dar, wenn ein Dritter zu dem Zweck eingeschaltet wird, die Bindungen, die die Verfassung dem Bund und den Ländern als Rechtsträger auferlegt, zu umgehen. Ausnahmen vom Rechtsträgerprinzip sind nach weit verbreiteter Auffassung in der Literatur deshalb dann verfassungsrechtlich geboten, wenn durch die Kreditaufnahme des Dritten haushaltsrechtlich relevante Sachverhalte verschleiert werden. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Kreditaufnahme durch Dritte eine Verlagerung der Staatsverschuldung aus dem Haushalt und eine Umgehung haushaltsrechtlicher Schranken darstellt und daher verfassungsrechtlich mit einer Kreditaufnahme durch den Bund oder das jeweilige Land gleichzusetzen ist, ist bisher nicht eindeutig geklärt.⁹¹ Im Einzelnen sind viele Punkte zweifelhaft und umstritten.⁹² Es lassen sich jedoch insbesondere zwei Konstellationen ausmachen, die als eine unzulässige Umgehung eingestuft werden:

⁸⁹ *Kube*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 85. EL November 2018, Art. 109 GG Rn. 199 (beck-online); *Heun*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage 2018, Art. 109 Rn. 36 (beck-online); *Klepzig*, Die „Schuldenbremse“ im Grundgesetz – Ein Erfolgsmodell?, Berlin 2015, S. 230; *Mayer*, Greift die neue Schuldenbremse?, Archiv des öffentlichen Rechts 136 (2011), S. 266 (310); a.A. *Kirchhof*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, GG Art. 109 Rn. 84 (beck-online), der sich dafür ausspricht, den gesamten Haushalt zu erfassen, zu denen auch die Gemeinden und Sozialversicherungen sowie alle Neben- und Schattenhaushalte zu zählen sind. Diese Ansicht hat zumindest im Hinblick auf die Berücksichtigung der Haushalte von Gemeinden und Sozialversicherungen den in den Gesetzesmaterialien klar geäußerten Willen des Gesetzgebers gegen sich, vgl. dazu BT-Drs. 16/12410 S. 10 f.

⁹⁰ *Klepzig* (Fn. 89), S. 230 f.; *Kube* (Fn. 89), Art. 109 Rn. 119; *Mayer* (Fn. 89), S. 311; *Pinkl, Johannes*: Umgehungsgefahren für die neue „Schuldenbremse“ in: Staatsverschuldung in Deutschland nach der Föderalismusreform II – Eine Zwischenbilanz, Hamburg 2012, S. 103 (122); ebenso *Pünder*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band 5, 2007, § 123 Rn. 78, der diesen Grundsatz bis zum Ausführungsgesetz zu Art. 99 der Preussischen Verfassung von 1850 zurückverfolgt.

⁹¹ *Jahndorf*, Alternative Finanzierungsformen des Staates, NVwZ 2001, S. 622.

⁹² *Klepzig* (Fn. 89), S. 232; *Heun* (Fn. 89), Art. 115 Rn. 24.

Erstens ist es theoretisch denkbar, dass anstelle einer Kreditaufnahme durch den Bund bzw. durch ein Land die Kreditaufnahme über einen privaten Dritten, der nicht an Art. 109 Abs. 3 GG gebunden ist, gewählt wird und auf diese Weise gezielt eine Anwendung der im Grundgesetz verankerten Schuldenregelungen vermieden wird.⁹³ In einem solchen Fall wird vielfach vertreten, dass die Verschuldung von juristischen Personen, die insbesondere keine eigenen Sachaufgaben, sondern im Wesentlichen im Auftrag und auf Rechnung des Bundes bzw. Landes finanzwirtschaftliche Funktionen erfüllen (Kreditauftrag⁹⁴), als eine Aufnahme von Krediten zu werten sei.⁹⁵ Ein solcher Fall liegt bei der HOWOGE nicht vor, da sie insbesondere im Wohnungsbau – und mit ihrer Einbindung in die Berliner Schulbauoffensive auch im Schulbau – Sachaufgaben erfüllt.

Zweitens wird vertreten, eine Kreditaufnahme durch Dritte dann der Schuldenbremse aus Art. 109 Abs. 3 Satz 1 GG zu unterstellen, wenn der Dritte zwar in eigenem Namen und auf eigene Rechnung handelt, der Bund bzw. das Land aber an diesem Dritten wesentlich beteiligt ist, den Schuldendienst übernimmt und das Motiv der formalen Auslagerung von Schulden für die Gestaltung maßgeblich ist.⁹⁶ Ein großer Teil dieser Voraussetzungen wird von dem HOWOGE-ÖÖP-Modell erfüllt. So handelt die HOWOGE, an der das Land als Alleingesellschafter beteiligt ist, bei der Kreditaufnahme in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Auch wird man aufgrund der Ausgestaltung des Rahmenvertrages davon ausgehen dürfen, dass das Land den Schuldendienst trägt. Zwar übernimmt die HOWOGE selbst die Zins- und Tilgungszahlungen gegenüber den finanzierenden Banken, diese erhält sie aber aufgrund der Forfaitierung mit Einredeverzicht garantiert vom Land Berlin in Form der Mietzahlungen.⁹⁷

Allerdings dürfte die formale Auslagerung von Schulden nicht maßgeblich für den Entwurf des HOWOGE-ÖÖP-Modells gewesen sein. So heißt es in der Präambel des Rahmenvertrages, dass durch die Beteiligung der HOWOGE eine erhebliche Beschleunigung bei der Umsetzung der Maßnahmen und damit die Gewährleistung ausreichender Schulplätze für die deutlich steigenden Schülerzahlen erreicht werde. Dies sei mit den Mitteln der öffentlichen Verwaltung nicht möglich. Motiv für die Beauftragung der HOWOGE dürfte damit in erster Linie die Beschleunigung der Schulbauoffensive sein und nicht die formale Auslagerung von Schulden.

⁹³ *Klepzig* (Fn. 89), S. 233.

⁹⁴ Begriff bei *Jahndorf* (Fn. 91), S. 622; *Kube*, Schattenhaushalte im Verfassungsstaat, ZG 2010, 105 (123); *Kube* (Fn. 89), Art. 109 Rn. 121.

⁹⁵ *Piinder* (Fn. 90) § 123 Rn.79; *Mayer* (Fn. 89), S. 313.

⁹⁶ *Kube* (Fn. 94), S. 123; *Kube* (Fn. 89), Art. 109 Rn. 121.

⁹⁷ Dazu *Nebel*, in: *Piduch*, Bundeshaushaltsrecht, 44 Erg.-Lfg Januar 2011, Art. 109 Rn. 17.

Auch nach dieser Ansicht dürfte das HOWOGE-ÖÖP-Modell daher keine Umgehung der Schuldenbremse aus Art. 109 Abs. 3 GG darstellen.

Strengere Maßstäbe als die oben dargestellten Stimmen in der Literatur legt beispielsweise der Rechnungshof der Freien und Hansestadt Hamburg an. So sollen ÖÖP-Projekte, die die öffentliche Hand zur Zahlung von Nutzungsentgelten in gleicher oder ähnlicher Art wie durch Zinsen und Tilgung binden bzw. belasten, im Ergebnis zu einer Umgehung des Neuverschuldungsverbots führen. Der Rechnungshof der Freien und Hansestadt Hamburg hat für die Beurteilung, ob ein ÖÖP-Projekt als wirtschaftlich schuldenbremsenrelevant zu bewerten ist, fünf Kriterien entwickelt. Demnach sei entscheidend, ob 1. die Finanzierung durch einen (eigenständig wirtschaftenden) Dritten mit Refinanzierung aus dem Haushalt erfolgt, 2. speziell für die Abwicklung einer (Investitions-) Maßnahme eine Organisationsform geschaffen wird, 3. das Investitionsobjekt auf die spezifischen Bedarfe des Bedarfsträgers/Nutzers Freie und Hansestadt Hamburg ausgerichtet ist, 4. die Freie und Hansestadt Hamburg gegenüber dem Dritten für dessen Finanzierung bürgt/haftet und 5. die Zahlungsverpflichtung der Freien und Hansestadt Hamburg auf einem langjährigen Vertrag basiert. Damit eine Maßnahme vom Rechnungshof als wirtschaftlich schuldenbremsenrelevant gewertet wird, muss die überwiegende Anzahl dieser Kriterien erfüllt sein.⁹⁸

Würde man diese Kriterien bei der Bewertung des HOWOGE-ÖÖP-Modells zugrunde legen, könnte das HOWOGE-ÖÖP-Modell im Ergebnis als schuldenbremsenrelevant einzustufen sein. Die Kriterien des Rechnungshofes der Freien und Hansestadt Hamburg sind allerdings für Berlin nicht bindend.

Angesichts der Tatsache, dass der weitaus überwiegende Teil der Literatur das HOWOGE-ÖÖP-Modell nicht als Umgehung der grundgesetzlichen Schuldenbremse einstufen würde, spricht mehr dafür, dass es sich bei dem HOWOGE-ÖÖP-Modell insgesamt nicht um eine unzulässige Umgehung der Schuldenbremse handelt.

⁹⁸ Vgl. beratende Äußerung nach § 81 Absatz 2 LHO „Monitoring Schuldenbremse 2015“ vom 12. November 2015, S. 27 ff, abrufbar unter: <https://www.hamburg.de/contentblob/4648334/194d0174055cad9aa5c737d5c0f57d4d/data/beratendeauesserung-2015-schuldenmonitor.pdf> (abgerufen am: 01.03.2019).

2. Vorgaben aus dem Europäischen Stabilitäts- und Wachstumspakt

Neben der in Art. 109 Abs. 3 GG normierten Schuldenbremse finden sich in Art. 109 Abs. 2 GG Regelungen, wie mit europäischen Vorgaben umzugehen ist. Art. 109 Abs. 2 GG lautet wie folgt:

„(2) Bund und Länder erfüllen gemeinsam die Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft auf Grund des Artikels 104 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft zur Einhaltung der Haushaltsdisziplin und tragen in diesem Rahmen den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung.“

Eine solche Verpflichtung im Sinn von Art. 109 Abs. 2 GG stellen die Vorgaben des Europäischen Stabilitäts- und Wachstumspakts dar. Vereinfacht dargestellt legt dieser fest, dass 1. die jährliche Kreditaufnahme 3% im Verhältnis zum Bruttoinlandsprodukt nicht übersteigen darf und 2. der öffentliche Schuldenstand nicht höher sein darf als 60% im Verhältnis zum Bruttoinlandsprodukt.⁹⁹

Was die Zurechnung von Kreditaufnahmen durch rechtlich selbständige Sondervermögen und Gesellschaften anbelangt, gelten beim Europäischen Stabilitäts- und Wachstumspakt andere Regeln als bei der deutschen Schuldenbremse nach Art. 109 Abs. 3 GG. So werden solche Kreditaufnahmen zum überwiegenden Teil bei der Berechnung der Verschuldung eines Mitgliedstaats berücksichtigt.¹⁰⁰ Damit dürfte das HOWOGE-ÖÖP-Modell im Lichte der europäischen Schuldenbremse dem Sektor Staat (Bund bzw. Land) zuzurechnen sein.¹⁰¹ Diese Zurechnung bezieht sich aber auf den Mitgliedsstaat „Bundesrepublik Deutschland“ insgesamt.

Nicht eindeutig geklärt ist, wie sich diese Zurechnung auf die einzelnen Bundesländer auswirkt. Im Außenverhältnis zur Europäischen Union ist allein der Bund verpflichtet. Gleichzeitig definiert Art. 109 Abs. 2 1. Halbsatz GG die europarechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland als gemeinsame Verpflichtung des Bundes und der Länder. Danach haben Bund und Länder mithin gemeinsam dafür Sorge zu tragen, dass die Anforderungen des Europäischen Stabilitäts- und Wachstumspaktes eingehalten wer-

⁹⁹ Häde, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 126 Rn. 23 (beck-online).

¹⁰⁰ Kube (Fn. 89), Art. 109 Rn. 119.

¹⁰¹ Vgl. dazu auch das Gutachten von Beckers/Ryndin, (Fn. 2), die zu der Auffassung gelangen, dass die zur Investitionsrealisierung aufgenommenen Kredite der HOWOGE wegen der im Rahmenvertrag vorgesehenen Risikoallokation im Lichte der europäischen Schuldenbremse dem Sektor Staat bzw. dem Land Berlin zugerechnet werden, S. 30 dort Fn. 51.

den. Zu der Frage, in welchem genauen Umfang Bund und Länder die Defizit- und Gesamtverschuldungsspielräume jeweils nutzen können und wer die Verantwortung für eine Überschreitung trägt, trifft Art. 109 Abs. 2 1. Halbsatz GG keine Regelung.¹⁰²

Damit kann im Ergebnis festgehalten werden, dass das HOWOGE-ÖÖP-Modell zwar auf europäischer Ebene – anders als im Rahmen der deutschen Schuldenbremse – dem Sektor Staat zuzurechnen ist. Ein Rechtsverstoß durch das Land Berlin kann im Hinblick auf die europäische Rechtslage jedoch nicht festgestellt werden, weil der Anteil der Verantwortung der Bundesländer im Fall einer Überschreitung der europäischen Schuldengrenze normativ nicht definiert ist.

Insgesamt betrachtet dürfte es sich damit bei dem HOWOGE-ÖÖP-Modell weder um eine unzulässige Umgehung der Schuldenbremse aus Art. 109 Abs. 3 GG handeln noch um eine Umgehung der europäischen Regelungen zum Stabilitäts- und Wachstumspakt.

G. Zu Frage 3

Verstößt der Entwurf des Rahmenvertrages gegen § 38 LHO und/oder § 7 des Haushaltsgesetzes von Berlin?

1. § 38 LHO

Gemäß § 38 Abs. 1 LHO sind Maßnahmen, die zur Leistung von Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren verpflichten können, nur zulässig, wenn der Haushaltsplan dazu ermächtigt. Diese Ermächtigung wird in Form von sog. Verpflichtungsermächtigungen erteilt.¹⁰³ Der Entwurf des Rahmenvertrags würde demnach gegen § 38 Abs. 1 LHO verstoßen, wenn er eine Maßnahme i.S.v. § 38 Abs. 1 LHO darstellt, die zur Leistung von Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren verpflichten kann und es keine entsprechende Verpflichtungsermächtigung im Haushaltsplan gibt.

Fraglich ist zunächst, ob bereits der Entwurf des Rahmenvertrags zur Leistung von Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren führen kann. Als Ausgabe kommt im Rahmen des HOWOGE-Modells der in Zukunft von den Bezirken an die HOWOGE zu entrichtende

¹⁰² Kube (Fn. 89), Art. 109 Rn. 77 ff.

¹⁰³ Eine Legaldefinition der Verpflichtungsermächtigung findet sich in § 6 LHO, dort heißt es: „...Ermächtigungen zum Eingehen von Verpflichtungen zur Leistung von Ausgaben in künftigen Jahren (Verpflichtungsermächtigungen)...“.

Mietzins in Betracht. Die Kreditaufnahme durch die HOWOGE wird, wie unter Frage 2 dargestellt, gerade nicht dem Land Berlin zugerechnet und damit nicht im Haushaltsplan als Ausgabe berücksichtigt. Zu klären ist deshalb, ob bereits der Entwurf oder der Abschluss des Rahmenvertrages als Maßnahme qualifiziert werden kann, die in künftigen Haushaltsjahren zur Zahlung des Mietzinses verpflichtet.

Angesichts des weiten Wortlauts des § 38 Abs. 1 LHO, nach dem schon die Möglichkeit der künftigen finanziellen Verpflichtung unter den Ermächtigungsvorbehalt fällt¹⁰⁴, könnte dies auf den ersten Blick bejaht werden. Bei genauer Betrachtung der Regelungen des Rahmenvertrags lässt sich allerdings feststellen, dass dieser – wie auch der Titel „Rahmenvertrag“ nahe legt – lediglich die Rahmenbedingungen für die Zusammenarbeit zwischen dem Land Berlin und der HOWOGE festlegt. Zwar trifft er in § 6 Regelungen dazu, wie die in Zukunft abzuschließenden Mietverträge ausgestaltet werden sollen, dies genügt jedoch nicht, um den Rahmenvertrag bereits als Maßnahme zu qualifizieren, die zu Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren verpflichtet. Zu einer Leistung verpflichtet sich das Land Berlin erst durch Abschluss eines konkreten Mietvertrags für die jeweilige Schule.

Der Abschluss des Rahmenvertrages stellt damit keine Maßnahme i.S.d. § 38 I LHO dar, die zur Leistung von Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren verpflichten kann. Einer Verpflichtungsermächtigung zum Abschluss des Rahmenvertrags bedurfte es deshalb nicht, so dass kein Verstoß gegen § 38 LHO vorliegt.

2. § 7 Haushaltsgesetz

§ 7 des Haushaltsgesetzes 2018/2019¹⁰⁵ (HG 18/19) gestattet grundsätzlich das Eingehen von Sonderfinanzierungen und öffentlich-privaten Partnerschaften, setzt aber auch Grenzen. In Bezug auf den Rahmenvertrag sind insbesondere die Vorgaben der Absätze 1, 3 und 5 relevant.

a) § 7 Abs. 1 HG 18/19

Nach § 7 Abs. 1 Satz 3 und 4 HG 18/19 dürfen die aus Sonderfinanzierungen und öffentlich-privaten Partnerschaften entstehenden Verpflichtungen Berlins das vertretbare Maß für die Belastung künftiger Haushaltsjahre nicht überschreiten. Außerdem setzt ein Pro-

¹⁰⁴ Rossi, in: Gröpl, BHO/LHO, 2. Auflage 2019, § 38 Rn. 5.

¹⁰⁵ Gesetz über die Feststellung des Haushaltsplans von Berlin für die Haushaltsjahre 2018 und 2019 vom 19. Dezember 2017 (GVBl. S. 678), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.12.2018 (GVBl. S. 726).

jekt in öffentlich-privater Partnerschaft einen unabdingbaren Investitions- und Beschaffungsbedarf voraus, der auch ohne öffentlich-private Partnerschaft aus dem Haushalt realisiert würde.

aa) Keine Überschreitung des vertretbaren Maß, Abs. 1 Satz 3

Fraglich ist, was unter dem unbestimmten Rechtsbegriff „das vertretbare Maß“ zu verstehen ist. In einem zweiten Schritt ist zu klären, ob die Verpflichtungen Berlins, die durch die Partnerschaft mit der HOWOGE entstehen, dieses vertretbare Maß überschreiten.

Weder dem Haushaltsgesetz noch den entsprechenden Gesetzesmaterialien lassen sich konkrete Hinweise zur Auslegung des vertretbaren Maßes entnehmen. Dem Wortlaut sowie dem Sinn und Zweck nach dürfte eine Belastung immer dann noch ein vertretbares Maß aufweisen, wenn es die finanzielle Dispositionsfreiheit künftiger Haushaltsgesetzgeber jedenfalls nicht wesentlich einschränkt. Zu prüfen ist damit, ob durch die Eingehung der öffentlich-öffentlichen Partnerschaft mit der HOWOGE ein wesentlicher Teil zukünftiger Haushalte gebunden wird. Eine genaue Aufstellung, welche Kosten aufgrund der Partnerschaft mit der HOWOGE anfallen, kann im Rahmen eines juristischen Gutachtens nicht erfolgen. Im Zuge einer Grobeinschätzung kann aber Folgendes festgestellt werden:

Die HOWOGE soll im Rahmen der Schulbauoffensive mit Maßnahmen betraut werden, die ein Volumen von etwa 1,2 bis 1,5 Mrd. Euro aufweisen.¹⁰⁶ Da die Mietverträge mit der HOWOGE nach dem Prinzip der Kostenmiete ausgestaltet werden, müssen die Bezirke – vereinfacht dargestellt – die von der HOWOGE übernommenen Kosten von 1,2 bis 1,5 Mrd. Euro während der Grundmietzeit von 25 Jahren durch Mietzahlungen zurückzahlen. Legt man als Investitionssumme nun 1,5 Mrd. Euro zugrunde, ergibt sich bei einer Mietzeit von 25 Jahren eine jährliche Belastung der zukünftigen Haushalte von ca. 60 Mio. Euro.¹⁰⁷ Setzt man diese 60 Mio. Euro wiederum ins Verhältnis zu dem Gesamthaushalt von Berlin, der im Jahr 2018 bei ca. 29 Mrd. und im Jahr 2019 bei ca. 30 Mrd. liegt,¹⁰⁸ und geht man davon aus, dass dieses Volumen in den kommenden Jahren in etwa beibehalten wird, würden die Mietzahlungen etwa 0,2 Prozent der künftigen Haushalte ausmachen. Eine Belastung von 0,2 Prozent dürfte nicht geeignet sein, künftige Haushaltsgesetzgeber in ihrer finanziellen Dispositionsfreiheit wesentlich einzuschränken.

¹⁰⁶ Bericht an den Hauptausschuss 1479 vom 25. August 2018, S. 2.

¹⁰⁷ Diese stark vereinfachte Darstellung berücksichtigt nicht, dass über den Mietzins nicht nur die reine Investitionssumme zurückgezahlt werden muss, sondern auch die Zinslast für die Kapitalaufnahme, der Erbbauzins, eine Verwaltungsgebühr und eine Gebühr für den baulichen Unterhalt während der Gewährleistungsphase von 5 Jahren.

¹⁰⁸ Vgl. Nachtragshaushaltsgesetz 2018/2019 vom 18. Dezember 2018 (GVBl. 726).

Damit dürften sich die durch die Partnerschaft mit der HOWOGE entstehenden Verpflichtungen in einem vertretbaren Maß gemäß § 7 Abs. 1 Satz 3 HG 18/19 bewegen.

bb) Unabdingbarer Investitions- und Beschaffungsbedarf, Abs. 1 Satz 4

Gemäß Satz 4 setzt ein Projekt in öffentlich-privater Partnerschaft einen unabdingbaren Investitions- und Beschaffungsbedarf voraus, der auch ohne öffentlich-private Partnerschaft aus dem Haushalt realisiert würde. Fraglich ist hier schon, ob diese Vorschrift überhaupt auf das HOWOGE-ÖÖP-Modell anzuwenden ist. Der Wortlaut spricht dagegen, da es sich bei dem HOWOGE-ÖÖP-Modell um eine öffentlich-öffentliche Partnerschaft und gerade nicht um eine öffentlich-private Partnerschaft gem. 7 Abs. 1 Satz 4 HG 18/19 handelt. Die Klärung dieser Frage kann allerdings dahinstehen, da für die von der HOWOGE zu übernehmenden Arbeiten im Rahmen der Berliner Schulbauoffensive ein unabdingbarer Investitions- und Beschaffungsbedarf vorliegen dürfte. Es ist davon auszugehen, dass dieser Bedarf auch ohne die Partnerschaft mit der HOWOGE aus dem Haushalt realisiert werden würde.¹⁰⁹

b) § 7 Abs. 3 und 5 HG 18/19

Nach § 7 Absatz 3 HG ist die Wirtschaftlichkeit von Sonderfinanzierungen und öffentlich-privaten Partnerschaften in jedem Einzelfall zu belegen. Die Wirtschaftlichkeit von finanzwirksamen Maßnahmen wird mit Hilfe von sog. Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen dargelegt. Da Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen von der Organisationseinheit durchzuführen sind, die mit der Maßnahme befasst ist und dort zu den Akten zu nehmen sind¹¹⁰, ist das Ergebnis der Untersuchungen hier nicht bekannt.

Die Vorgabe aus § 7 Abs. 5 HG 2018/2019, nach der die Übertragung von Schulgrundstücken bzw. Erbbaurechten an diesen Grundstücken an Dritte ausgeschlossen ist, soweit sich diese Dritten nicht direkt oder indirekt in vollständigem Landeseigentum befinden, wird eingehalten. Wie eingangs dargestellt, ist das Land Berlin alleiniger Gesellschafter

¹⁰⁹ Diese Einschätzung stützt sich auf die Begründung für die Einschaltung der HOWOGE (vgl. dazu etwa: Bericht an den Hauptausschuss, rote Nummer 1479, S. 1) Diese erfolgte maßgeblich, um die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen beim Neubau und der Sanierung von Großschadensfällen zu unterstützen und damit die zeitnah erforderliche Bereitstellung bzw. Sicherung von Schulplätzen gewährleisten zu können. Würde die HOWOGE nicht in die Schulbauoffensive einbezogen, so müssten entweder die Bezirke oder die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen auch diese Aufgaben übernehmen. In diesem Fall würden die Maßnahmen aus dem Haushalt realisiert werden.

¹¹⁰ Nr. 2.4.1. f der AV zu § 7 LHO.

der HOWOGE GmbH, damit befindet sich die HOWOGE in vollständigem Landeseigentum.

Ein Verstoß gegen § 7 HG 18/19 kann im Ergebnis nicht festgestellt werden.

H. Zu Frage 4

Wäre es u.a. vor dem Hintergrund des § 38 LHO und § 7 des Haushaltsgesetzes von Berlin geboten, dass die HOWOGE eine Prüfvereinbarung mit dem Landesrechnungshof eingeht?

Die Möglichkeit für juristische Personen, mit dem Rechnungshof Prüfvereinbarungen einzugehen, wird in § 104 Abs. 1 Nr. 3 LHO geregelt. Nach dieser Vorschrift prüft der Rechnungshof die Haushalts- und Wirtschaftsführung der juristischen Personen des Privatrechts, wenn mit dem Rechnungshof eine Prüfung durch ihn vereinbart ist. Mit dieser Vorschrift wird also von dem Grundsatz abgewichen, dass der private Bereich grundsätzlich nicht dem Prüfungszugriff offenstehen soll.¹¹¹

Zu untersuchen ist, ob der Abschluss einer solchen Prüfvereinbarung auch erforderlich ist. Dazu ist zunächst zu klären, welche Prüfbefugnisse dem Rechnungshof ohne den Abschluss einer Prüfvereinbarung zustehen und ob diese bereits als hinreichend effektive Kontrolle zu betrachten sind, so dass der Abschluss einer Prüfvereinbarung nicht geboten wäre.

1. Prüfungsbefugnisse des Rechnungshofes bei juristischen Personen des Privatrechts

Die LHO enthält insbesondere in den §§ 91 und 92 Vorschriften über die Prüfung bei juristischen Personen des Privatrechts.¹¹² Zwischen diesen Prüfungsbefugnissen und derjenigen nach § 104 Abs. 1 Nr. 3 LHO besteht jedoch folgender Unterschied: § 104 LHO ermöglicht eine Prüfung der juristischen Person, während die anderen Vorschriften Prüfungen bei den juristischen Personen vorsehen und damit bereichsspezifisch beschränkt sind.¹¹³ Es wird somit nur die Betätigung des Landes Berlin bei der juristischen Person

¹¹¹ Schwarz, in: Gröpl, BHO/LHO, 2. Auflage 2019, § 104 Rn. 1.

¹¹² Eibelshäuser/Wallis, in: Heuer/Scheller, Kommentar zum Haushaltsrecht, 27. Ergänzungslieferung 1998, § 104 Rn. 2.

¹¹³ Schwarz (Fn. 111), § 104 Rn. 3; von Lewinski/Burbat, BHO, 1. Auflage 2013, § 104 Rn. 3; Dittrich, Bundeshaushaltsordnung, 55. Aktualisierung Juli 2018, § 104 Rn. 2.

geprüft, nicht hingegen das Unternehmen selbst. Der juristischen Person obliegen jedoch Mitwirkungspflichten gegenüber dem Rechnungshof. So muss sie etwa örtliche Einsichtnahmen und Erhebungen des Rechnungshofs dulden und an ihnen mitwirken.¹¹⁴ Die Prüfung nach § 104 LHO richtet sich im Gegensatz dazu unmittelbar auf die Haushalts- und Wirtschaftsführung der juristischen Person des privaten Rechts.¹¹⁵

Zu beachten ist allerdings, dass über § 91 Abs. 4 LHO eine insoweit erweiterte Prüfungsbefugnis begründet werden kann, als dass sich die Prüfung **bei den** juristischen Personen auch auf deren gesamte Haushalts- und Wirtschaftsführung erstreckt. Dieses Prüfungsrecht unterscheidet sich dann kaum von demjenigen, das gem. § 104 Abs. 1 Nr. 3 LHO durch eine Prüfvereinbarung eingeräumt werden kann.¹¹⁶ Soweit ein Prüferecht nach § 91 Abs. 4 LHO besteht, wird der Abschluss einer Prüfvereinbarung deshalb auch als rein deklaratorisch angesehen.¹¹⁷ In einem solchen Fall spräche viel dafür, die Erforderlichkeit einer Prüfvereinbarung abzulehnen. Zu prüfen ist deshalb, ob dem Landesrechnungshof ein erweitertes Prüfungsrecht nach § 91 Abs. 4 LHO zusteht. Gemäß § 91 Abs. 4 LHO ist diese erweiterte Prüfung aber nur bei juristischen Personen im Sinne des § 91 Abs. 1 Nr. 6 LHO möglich. § 91 Abs. 1 Nr. 6 LHO lautet wie folgt:

„§ 91 Prüfung bei Stellen außerhalb der Verwaltung

(1)

(...)

6. als juristische Person des privaten Rechts, an denen Berlin einschließlich seiner Sondervermögen unmittelbar oder mittelbar mit Mehrheit beteiligt ist, nicht im Wettbewerb stehen, bestimmungsgemäß ganz oder überwiegend öffentliche Aufgaben erfüllen oder diesem Zweck dienen und hierfür Haushaltsmittel oder Gewährleistungen Berlins oder eines seiner Sondervermögen erhalten.“

Die HOWOGE dürfte bereits bei dem Tatbestandsmerkmal „nicht im Wettbewerb stehen“ aus der Anwendung dieser Vorschrift herausfallen. In ihrem Kerngeschäft, der Errichtung und Bewirtschaftung von Wohnungen, steht sie mit anderen, sowohl landeseigenen als auch privaten Wohnungsgesellschaften im Wettbewerb. Eine Prüfungsbefugnis des Landesrechnungshofes in Bezug auf die Haushalts- und Wirtschaftsführung bei der HOWOGE nach § 91 Abs. 4 LHO besteht somit nicht. Einer Prüfvereinbarung nach § 104 Abs. 1 Nr. 3 LHO käme somit nicht nur deklaratorischer Charakter zu.

¹¹⁴ Von Lewinski/Burbat (Fn. 113), § 91 Rn. 3.

¹¹⁵ Eibelshäuser/Wallis (Fn. 112), § 104 Rn. 2.

¹¹⁶ Nebel, in: Piduch, Bundshaushaltsrecht, 40. Erg.-Lfg. Dezember 2004, § 104 Rn. 4.

¹¹⁷ Nebel (Fn. 116), § 104 Rn. 4; Schwarz (Fn. 111), § 104 Rn. 6.

2. Erforderlichkeit einer Prüfvereinbarung

Allein die Tatsache, dass dem Rechnungshof kein erweitertes Prüfungsrecht nach § 91 Abs. 1 Nr. 4 LHO zusteht, führt aber nicht schon dazu, dass der Abschluss einer Prüfvereinbarung erforderlich ist. Für die Erforderlichkeit einer Prüfvereinbarung spricht aber folgende Überlegung:

Eine Haushalts- und Wirtschaftlichkeitsprüfung bei landeseigenen juristischen Personen des Privatrechts, die im Wettbewerb stehen ist deshalb entbehrlich, weil dort der Markt ein Regulativ bildet, das für ein wirtschaftliches Handeln der Unternehmensleitung sorgt.¹¹⁸ Wenn man diesen Gedanken auf die HOWOGE bzw. das HOWOGE-ÖÖP-Modell überträgt, lässt sich Folgendes feststellen:

Im Bereich ihrer Kernaufgabe, der Errichtung und Bewirtschaftung von Wohnungen, steht die HOWOGE im Wettbewerb, so dass nach der oben dargestellten Theorie in diesem Bereich der Markt für ein wirtschaftliches Handeln sorgt. Anders dürfte es aber im Bereich des Schulbaus sein. Hier ist die HOWOGE – neben der Berliner Immobilien Management GmbH (BIM), die allerdings nur bei der Sanierung eines Schulstandorts einbezogen werden soll – die einzige privatrechtlich-organisierte juristische Person, die mit Aufgaben im Rahmen der Schulbauoffensive (BSO) betraut wurde. Daneben nimmt nur die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen Aufgaben im Bereich Schulbau und –sanierung wahr.¹¹⁹ Ein Wettbewerb im Sinne des § 91 Abs. 4 LHO dürfte darin aber kaum zu sehen sein, so dass zumindest im Hinblick auf den Bereich des Schulbaus eine dem in § 91 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 Nr. 6 LHO geregelten Tatbestand vergleichbare Sachlage besteht. Es spricht deshalb einiges dafür, dass zumindest für den Bereich des Schulbaus innerhalb der HOWOGE eine Prüfvereinbarung nach § 104 Abs.1 Nr. 3 LHO als rechtlich geboten anzusehen ist.¹²⁰

¹¹⁸ *Nebel* (Fn. 116), § 91 Rn. 7 a.E.

¹¹⁹ Vgl. dazu die Ausführungen in der Präambel des Rahmenvertrags.

¹²⁰ Dieser Auffassung scheint auch das Land Berlin zu sein: So wurde in § 26 der Satzung der HOWOGE aufgenommen, dass eine Vereinbarung nach § 104 Abs. 1 LHO mit dem Rechnungshof getroffen werden kann. Darüber hinaus wurde in Nr. 12 des „Sideletter zum Rahmenvertrag mit der HOWOGE Wohnungsbaugesellschaft mbH über deren Einbindung in die Berliner Schulbauoffensive“ darauf hingewiesen, dass das Land Berlin Prüfvereinbarungen mit dem Landesrechnungshof positiv gegenübersteht und diese unterstützt. Dies gelte umso mehr für den Bereich des Schulbaus bei der HOWOGE, sodass hier eine entsprechende Initiative des Rechnungshofes vollumfänglich unterstützt werden würde.

I. Zu Frage 5

Wurde bei der Vergabe an die HOWOGE das europäische bzw. deutsche Vergaberecht eingehalten?

Wie bereits dargestellt, wurde die HOWOGE im Rahmen der Schulbauoffensive vom Land Berlin damit beauftragt, einen Teil der Neubau- und Sanierungsarbeiten mit einem Gesamtwert von ca. 1,2-1,5 Mrd. Euro zu übernehmen. Bei der Auswahl der HOWOGE wurde kein Vergabeverfahren durchgeführt. Fraglich ist, ob dieses Vorgehen gegen europäisches oder deutsches Vergaberecht verstößt.

1. Europäische und deutsche vergaberechtliche Vorgaben

Die für die Prüfung des vorliegenden Falls relevanten deutschen Regelungen finden sich in Teil 4 bzw. den §§ 97 ff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)¹²¹. Dieser Teil 4 des GWB wurde durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (VergRModG)¹²² im Jahr 2016 vollständig überarbeitet, um dadurch das vom europäischen Gesetzgeber vorgelegte Paket zur Modernisierung des europäischen Vergaberechts umzusetzen.¹²³ Da die europäischen Bestimmungen mithin durch die §§ 97 ff GWB umgesetzt werden, erfolgt mit Prüfung der nationalen Regeln gleichzeitig eine Prüfung der europarechtlichen Vorgaben, sodass sich die folgenden Ausführungen auf die Regelungen im GWB beschränken.

a) Grundsatz: Durchführung eines Vergabeverfahrens, § 97 GWB

Der wesentliche Grundsatz bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen findet sich in § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB. Nach dieser Vorschrift sind öffentliche Aufträge im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren zu vergeben. Indem die HOWOGE vom Land Berlin ohne Vergabeverfahren für den Neubau und die Sanierung von Schulen engagiert wurde, könnte gegen den Grundsatz des § 97 GWB verstoßen worden sein.

¹²¹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist.

¹²² Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 17. Februar 2016 (BGBl. I S. 203).

¹²³ Vgl. Gesetzesbegründung zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drs 18/6281; umgesetzt wurden die Richtlinien 2014/24/EU, 2014/25/EU und 2014/23/EU.

b) Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit, § 108 GWB

Die Durchführung eines Vergabeverfahrens könnte nach § 108 Abs. 1 GWB jedoch entbehrlich gewesen sein. Die Beauftragung der HOWOGE könnte ein so genanntes „Inhouse-Geschäft“ im Sinne des § 108 Abs. 1 GWB darstellen. Dem „Inhouse-Geschäft“ liegt der Gedanke zugrunde, dass es öffentlichen Auftraggebern zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben möglich sein müsse, sich privater Rechtsformen zu bedienen. Bleibt der öffentliche Auftraggeber in seiner eigenen Sphäre, müssen Dritte durch die Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht beteiligt werden.¹²⁴ § 108 Abs. 1 GWB lautet wie folgt:

„§ 108 Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit

(1) Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die von einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 an eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts vergeben werden, wenn

1. der öffentliche Auftraggeber über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt,

2. mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde, und

3. an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.“

Zu prüfen ist, ob hier ein vergaberechtsfreies „Inhouse-Geschäft“ nach § 108 Abs. 1 GWB vorliegt. Das ist dann der Fall, wenn ein öffentlicher Auftraggeber (§ 99 Nr. 1- 3 GWB) eine von ihm kontrollierte juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts beauftragt und die Voraussetzungen der Nummern 1 bis 3 vorliegen.

¹²⁴ Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar, § 108 GWB Rn. 5.

aa) Öffentlicher Auftraggeber

Beim Land Berlin handelt es sich als Gebietskörperschaft um einen öffentlichen Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 1 GWB.

bb) Kontrollkriterium, § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB

Nach § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB ist erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber über die den Auftrag erhaltende juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt. Gemäß § 108 Abs. 2 GWB wird die Kontrolle über ein Unternehmen vermutet, wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausübt.¹²⁵

Bei 100%igen Eigengesellschaften in Form der GmbH sind die Voraussetzungen des Kontrollkriteriums in aller Regel erfüllt. Dies ergibt sich vor allem daraus, dass die Gesellschafterversammlung – und damit das Land Berlin als Alleingesellschafter – den Geschäftsführern Weisungen erteilen kann, § 37 GmbHG¹²⁶ (vgl. dazu auch die Ausführungen unter III. A. 2. b) auf Seite 9 f). Dabei ist es nicht erforderlich, dass die Kontrolle tatsächlich wahrgenommen wird.¹²⁷ Insgesamt kann damit festgehalten werden, dass das Land Berlin über die HOWOGE eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen.

cc) Überwiegende Tätigkeit für den Auftraggeber, § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB

Als weitere Voraussetzung zur Bejahung eines „Inhouse-Geschäfts“ ist es erforderlich, dass mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber betraut wurde. Diese Voraussetzung soll eine Verfälschung des Wettbewerbs verhindern, die dann drohte, wenn ein öffentliches Unternehmen einerseits vergaberechtsfrei Aufträge erhält und andererseits auf dem Markt für Private tätig wird.¹²⁸

¹²⁵ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 108 Rn. 12; Ganske (Fn. 124), § 108 Rn. 9 f.

¹²⁶ Müller-Wrede, Die Neuregelungen zur In-House-Vergabe, Vergaberecht, 2016, 292 (293); Ziekow (Fn. 125), § 108 Rn. 24.

¹²⁷ Gurlit, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar Bd. 1, GWB, 3. Auflage 2017, § 108 Rn. 10, 12, zitiert nach beck-online.

¹²⁸ Gurlit (Fn. 127), § 108 Rn. 14.

Die Berechnung, ob die 80%-Schwelle überschritten wurde, richtet sich nach § 108 Abs. 7 GWB. Danach wird der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des betreffenden Auftrags oder ein anderer geeigneter tätigkeitsgestützter Wert herangezogen. Aus diesem Gesamtumsatz ist anschließend der nicht aus der Ausführung von Aufgaben, mit denen die juristische Person von dem öffentlichen Auftraggeber betraut wurde, entstandene Umsatz zu extrahieren und dessen Anteil am Gesamtumsatz zu ermitteln. Beträgt dieser Anteil mindestens 20 % des Gesamtumsatzes, so scheidet ein Inhouse-Geschäft aus.¹²⁹ Für die Zurechnung der Umsätze zum Eigengeschäft kommt es nicht darauf an, wer Nutzer oder Begünstigter der Leistungserbringung ist und wer letztendlich die Vergütung an den Leistungserbringer zahlt.¹³⁰

Bei der Beurteilung, welche Tätigkeiten der beauftragten juristischen Person für die Überschreitung der 80%-Schwelle berücksichtigt werden dürfen, kommt es ausweislich des Wortlauts des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB darauf an, ob diese Tätigkeit der Ausführung von Aufgaben dient, mit denen die juristische Person von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber betraut wurde.¹³¹ Der Begriff der Betrauung dürfte weit auszulegen sein und auch die Festlegung des Gesellschaftszwecks im Gesellschaftsvertrag erfassen.¹³²

Fraglich ist, ob die HOWOGE die Anforderungen des § 108 Abs.1 Nr. 2 GWB erfüllt.

Gemäß § 2 der Satzung der HOWOGE ist ihr Unternehmensgegenstand die Errichtung und Bewirtschaftung von Wohnungen für breite Schichten der Bevölkerung. Durch diese Festlegung im Gesellschaftsvertrag ist sie mit dem Wohnungsbau und der Wohnungsbewirtschaftung i.S.d. § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB vom Land Berlin betraut worden.

Mit der Ausführung dieser Aufgabe – also dem Wohnungsbau und der Wohnungsbewirtschaftung für das Land Berlin– müsste sie darüber hinaus mindestens 80 % ihres durchschnittlichen Gesamtumsatzes bezogen auf die letzten drei Jahre erwirtschaftet haben. Ob

¹²⁹ *Ziekow* (Fn. 125), § 108 Rn. 30.

¹³⁰ *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht, 4. Auflage 2018, § 108 Rn. 62; *Ganske* (Fn. 124), § 108 Rn. 21; *Hofmann*, Inhouse-Geschäfte nach dem neuen GWB, Vergaberecht 2016, S. 189 (192).

¹³¹ *Ziekow* (Fn. 125), § 108 Rn. 32.

¹³² So: *Müller-Wrede* (Fn. 126), S. 297; *Losch*, Gestaltungsmöglichkeiten und rechtliche Grundsätze ausschreibungsfreier Leistungsbeziehungen aufgrund von Inhouse-Gestaltungen, Vergaberecht 2016, 541 (546); strenger: *Ziekow* (Fn.125), § 108 Rn. 37 und *Ganske* (Fn. 124), Rn. 27, die einen besonderen Akt der Betrauung mit der Ausführung der Aufgabe fordern, der allerdings nicht durch Hoheitsakt oder durch Vertrag erfolgen müsse.

bzw. inwieweit die HOWOGE auch mit der Ausführung von anderen Aufgaben Umsatz generiert hat, kann vom WPD mangels entsprechender Unterlagen nicht eindeutig festgestellt werden. Vorausgesetzt, dass die HOWOGE mindestens 80 % ihres durchschnittlichen Gesamtumsatzes der letzten drei Jahre durch die Ausführung der Aufgabe des Wohnungsbaus und der Wohnungsbewirtschaftung für das Land Berlin erwirtschaftet hat, sind die Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB erfüllt.

dd) Beteiligungskriterium, § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB

§ 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB stellt klar, dass ein „Inhouse-Geschäft“ nur dann vorliegt, wenn an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht.¹³³ Da das Land Berlin 100 % der Anteile der HOWOGE hält, bestehen an ihr keine privaten Kapitalbeteiligungen. § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB ist damit ebenfalls erfüllt.

2. Ergebnis

Unter der Voraussetzung, dass die HOWOGE in den letzten drei Jahren 80 % ihres Gesamtumsatzes mit dem Wohnungsbau und der Wohnungsbewirtschaftung für das Land Berlin erwirtschaftet hat, sind die Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 GWB erfüllt. Die Beauftragung der HOWOGE im Rahmen der Schulbauoffensive ist dann als ein „Inhouse-Geschäft“ anzusehen, welches der Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht bedurfte. Weitere mögliche Verstöße gegen deutsches oder europäisches Vergaberecht sind nicht ersichtlich.

¹³³ Müller-Wrede (Fn. 126), S. 289; Ziekow (Fn. 125), Rn. 46.

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

Zu Frage 1a): Entspricht das HOWOGE-ÖÖP-Modell dem Gebot der demokratischen Legitimation (Art. 20 Abs. 2 GG)?

Das HOWOGE-ÖÖP-Modell entspricht dem Gebot der demokratischen Legitimation gemäß Art. 20 Abs. 2 GG. Das HOWOGE-ÖÖP-Modell ist personell-demokratisch legitimiert, weil in einer Legitimationskette die Geschäftsführer vom Aufsichtsrat bestellt werden, der wiederum mehrheitlich mit demokratisch legitimierten Personen besetzt ist. Die sachlich-inhaltlich demokratische Legitimation ist gegeben, weil dem Land Berlin als Alleingesellschafter der HOWOGE hinreichende Einfluss-, Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten zustehen.

Zu Frage 1b): Verstößt das HOWOGE-ÖÖP-Modell gegen Art. 33 Abs. 4 GG, wonach die Ausübung hoheitlicher Befugnisse den Angehörigen des öffentlichen Dienstes vorbehalten ist?

Art. 33 Abs. 4 GG findet keine Anwendung, weil es sich bei den von der HOWOGE im Rahmen der Schulbauoffensive übernommen Aufgaben des Schulneubaus und der Schulsanierung nicht um die Ausübung hoheitlicher Befugnisse i. S. d. Art. 33 Abs. 4 GG handelt. Selbst wenn Art. 33 Abs. 4 GG einschlägig wäre, läge kein Verstoß dagegen vor, weil an den wesentlichen Planungsschritten die Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie sowie die Bezirke beteiligt werden.

Zu Frage 1c): Wird durch den Entwurf des Rahmenvertrags die Zuständigkeitsverteilung zwischen Senat und Bezirken verletzt?

Gemäß § 109 Abs. 1 Satz 2 SchulG obliegt der Bau von Schulen den Bezirken. Bei den von der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie laut Rahmenvertrag wahrzunehmenden Aufgaben handelt es sich um unterstützende Hilfstätigkeiten bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe. Träger der Aufgabe bleibt der Bezirk, so dass kein Verstoß gegen die Zuständigkeitsverteilung zwischen Senat und Bezirken vorliegt. Auch die Beteiligung der HOWOGE verstößt nicht gegen die Zuständigkeit der Bezirke für den Schulbau aus § 109 Abs. 1 SchulG, da der HOWOGE nur die Ausführung der Aufgabe übertragen wird, nicht jedoch die Aufgabe selbst.

Zu Frage 1d): Verstößt der Entwurf des Rahmenvertrages gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Länder im Sinne des § 7 LHO Berlin?

Das Wirtschaftlichkeitsprinzip des § 7 LHO stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, so dass der zuständigen Stelle bei der Einschätzung der Wirtschaftlichkeit einer Maßnahme ein gewisser Spielraum zugestanden werden muss. Aus diesem Einschätzungsspielraum folgt, dass § 7 Abs. 1 Satz 1 LHO solange und soweit nicht verletzt wird, wie die Entscheidung wirtschaftlich vertretbar erscheint. Aufgrund der im Rahmenvertrag vorgesehenen Mechanismen zur Einsparung von Zusatzkosten erscheint die Einbindung der HOWOGE nicht unvertretbar, so dass ein Verstoß gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nicht vorliegt.

Zu Frage 1e): Wäre die Unterzeichnung einer Bauvorbereitungsvollmacht für die HOWOGE seitens der jeweiligen Bezirke rechtlich unbedenklich?

Ob und wieweit das Unterzeichnen einer Bauvorbereitungsvollmacht Risiken für die Bezirke eröffnet, hängt von ihrer Ausgestaltung ab. Soweit die Bauvorbereitungsvollmacht dahingehend formuliert wird, dass der Bezirk von allen Kosten und jeglicher Inanspruchnahme freigestellt wird, die im Zusammenhang mit der Ausübung der Vollmacht entstehen, ist ihre Unterzeichnung als rechtlich unbedenklich einzustufen.

Zu Frage 2): Stellt der Entwurf des Rahmenvertrages bzw. das „HOWOGE-ÖÖP-Modell“ an sich eine unzulässige Umgehung der Schuldenbremse dar?

Die in Art. 109 Abs. 3 GG geregelte so genannte Schuldenbremse sieht vor, dass die Haushalte von Bund und Ländern grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen sind. Bei der HOWOGE handelt es sich um eine privatrechtlich organisierte Gesellschaft, so dass ihre Kreditaufnahmen grundsätzlich nicht dem Land Berlin zugerechnet werden und damit auch nicht unter das Neuverschuldungsverbot aus Art. 109 Abs. 3 GG fallen. Nur in bestimmten Ausnahmekonstellationen findet eine Zurechnung zum Landeshaushalt statt; diese Konstellationen liegen beim HOWOGE-ÖÖP-Modell jedoch nicht vor. Es handelt sich damit nicht um eine unzulässige Umgehung der Schuldenbremse.

Im Vergleich zur deutschen Schuldenbremse gelten bei der „europäischen Schuldenbremse“ sowohl andere Verschuldungsbegrenzungen (kein Neuverschuldungsverbot wie in Art. 109 Abs. 3 GG) als auch andere Zurechnungsregeln. Eine Kreditaufnahme durch die HOWOGE dürfte zwar hier dem Land Berlin zuzurechnen sein. Ein Rechtsverstoß oder eine unzulässige Umgehung liegt aber – wie im Gutachten dargelegt – dennoch nicht vor.

Zu Frage 3: Verstößt der Entwurf des Rahmenvertrages gegen § 38 LHO und/oder § 7 des Haushaltsgesetzes von Berlin?

§ 38 LHO ist in Bezug auf den Rahmenvertrag nicht anwendbar, da es sich bei dem Abschluss des Rahmenvertrags nicht um eine Maßnahme i. S. d. § 38 Abs. 1 LHO handelt, die zur Leistung von Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren verpflichtet. Eine solche Maßnahme liegt erst in der Unterzeichnung der konkreten Mietverträge. Der Entwurf des Rahmenvertrages stellt damit keinen Verstoß gegen § 38 LHO dar.

Es kann auch kein Verstoß gegen § 7 Haushaltsgesetz festgestellt werden. Die aus dem HOWOGE-ÖÖP-Modell entstehenden Verpflichtungen schränken künftige Haushaltsgesetzgeber in ihrer finanziellen Dispositionsfreiheit nicht wesentlich ein, so dass das vertretbare Maß für die Belastung künftiger Haushaltsjahre nicht überschritten wird. Darüber hinaus dürfte hinsichtlich der neu zu bauenden und zu sanierenden Schulgebäude ein unabdingbarer Investitions- und Beschaffungsbedarf vorliegen.

Zu Frage 4: Wäre es u.a. vor dem Hintergrund des § 38 LHO und § 7 des Haushaltsgesetzes von Berlin geboten, dass die HOWOGE eine Prüfvereinbarung mit dem Landesrechnungshof eingeht?

Die Haushalts- und Wirtschaftsführung juristischer Personen des Privatrechts unterliegt grundsätzlich nicht der Prüfung durch den Landesrechnungshof. Im Falle des HOWOGE-ÖÖP-Modells spricht jedoch viel für eine Ausnahme von diesem Grundsatz und damit für den Abschluss einer Prüfvereinbarung gemäß § 104 Abs. 1 Nr. 3 LHO. Rechtlich geboten dürfte der Abschluss einer Prüfvereinbarung aber nur für den Bereich des Schulbaus sein, da die HOWOGE in diesem Bereich nicht im Wettbewerb mit anderen Unternehmen steht.

Zu Frage 5: Wurde bei der Vergabe an die HOWOGE das europäische bzw. das deutsche Vergaberecht eingehalten?

Unter der Voraussetzung, dass die HOWOGE in den letzten drei Jahren 80 % ihres Gesamtumsatzes mit dem Wohnungsbau und der Wohnungsbewirtschaftung für das Land Berlin erwirtschaftet hat, handelt es sich bei der Beauftragung der HOWOGE im Rahmen der Schulbauoffensive um ein sog. „Inhouse-Geschäft“. Bei solchen Geschäften muss ein Vergabeverfahren nicht durchgeführt werden, so dass die vergabefreie Beauftragung der HOWOGE keinen Verstoß gegen europäisches oder deutsches Vergaberecht darstellt. Weitere mögliche Verstöße gegen deutsches oder europäisches Vergaberecht sind nicht ersichtlich.

* * *