

Senatsverwaltung für Finanzen
II LIP

Berlin, den 13. August 2018
030 / 9020 3503
ansgar.ostermann@senfin.berlin.de

An den
Vorsitzende/n des Hauptausschusses
über
den Präsidenten des Abgeordnetenhauses von Berlin
über Senatskanzlei – G Sen –

Vorgang: 31. Sitzung des Hauptausschusses vom 28. Februar 2018,
Rote Nr. 2625 B (SIWANA Controlling-Bericht zum 15.07.2016)

Der Hauptausschuss hat in seiner oben bezeichneten Sitzung Folgendes beschlossen:

„SenFin wird gebeten, dem Hauptausschuss rechtzeitig zur Sitzung am 05. September 2018 rechtlich abstrakt zu erläutern, warum bei Maßnahmen, die über die Berliner Immobilienmanagement GmbH (BIM) abgewickelt werden, die Landeshaushaltsordnung, insbesondere § 24 Absatz 3 und 5 LHO, nicht zur Anwendung gebracht wird. Darüber hinaus wird um eine Darstellung dieser Problematik zur Anwendung des § 24 Absatz 3 und 5 in Bezug auf die HOWOGE bzw. anderen sonstigen Gesellschaften (auch außerhalb der unmittelbaren Landes- und Bezirksverwaltung) gebeten, die sich mit dem Thema Schulsanierung und Schulneubau zu befassen gedenken.“

Es wird gebeten, den nachfolgenden Bericht zur Kenntnis zu nehmen.

I. Originärer Adressatenkreis der §§ 24, 54 LHO sowie der Allgemeinen Anweisung für die Vorbereitung und Durchführung von Bauaufgaben Berlins (Anweisung Bau – ABau)

Die zentralen haushaltsrechtlichen Vorschriften für Baumaßnahmen sind bezüglich der Aufstellung des Haushaltsplans in § 24 LHO und bezüglich der Ausführung des Haushaltsplans in § 54 LHO geregelt. Die Vorschriften gelten für Bautätigkeiten der unmittelbaren Berliner Landesverwaltung, d. h. Hauptverwaltung und Bezirke unmittelbar. Gem. § 113 Abs. 1 LHO gelten diese Vorschriften auch für die Sondervermögen entsprechend, soweit nicht durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes etwas anderes bestimmt ist. Für die mittelbare Berliner Landesverwaltung, d. h. die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts (die sog. landesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts), gelten gem. § 105 Abs. 1 Nr. 2 LHO die §§ 1 bis 87 LHO einschließlich der dazu erlassenen Verwaltungsvorschriften entsprechend, soweit nicht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes etwas anderes bestimmt ist.

Zum Adressatenkreis der baulichen Regelungen der LHO und der ABau gehören auch die Empfänger von Zuwendungen für Baumaßnahmen. Gem. § 24 Abs. 4 LHO sind

die Absätze 1 bis 3 des § 24 LHO auf Zuwendungen für Baumaßnahmen entsprechend anzuwenden, wobei die Senatsverwaltung für Finanzen Ausnahmen zulassen kann. Gem. Ziffer 4 Satz 1 Richtlinie I 100 ABau ist bei Zuwendungen des Landes Berlin für Baumaßnahmen die ABau sinngemäß anzuwenden.

Die baulichen Regelungen der LHO, einschließlich der dortigen Ausführungsvorschriften, werden konkretisiert insbesondere durch die Ergänzenden Ausführungsvorschriften zu den Ausführungsvorschriften des § 24 LHO. Gem. Nr. 2.1.2 AV § 24 LHO sind nähere Bestimmungen über Inhalt und Form von Bauplanungsunterlagen und zum zeitlichen Ablauf der Aufstellung sowie – soweit vorgesehen – Prüfung von der für Bauen zuständigen Senatsverwaltung in den ergänzenden Ausführungsvorschriften zu den Ausführungsvorschriften des § 24 LHO zu treffen. Nach Nr. 1.1 der Ergänzenden AV zu den AV zu § 24 LHO kann die für Bauen zuständige Senatsverwaltung Abweichungen vom Regelverfahren festlegen.

Die Verwaltungsvorschrift ABau enthält Bestimmungen, die bei der Vorbereitung und Durchführung von Bauaufgaben zu beachten sind. Außerdem gibt sie Hinweise auf Bestimmungen, die in anderen Vorschriften enthalten sind – z. B. in der LHO. Die ABau gilt für die Baudienststellen Berlins und diejenigen Dienststellen, die Bauaufgaben Berlins zu erfüllen haben oder an deren Erfüllung mitwirken. Gem. Ziffer 1.5 Richtlinie I 120.H ABau ist die Baudienststelle die innerhalb der Verwaltung für die Vorbereitung und Durchführung von Bauaufgaben zuständige Stelle bzw. Organisationseinheit. Sie trägt die grundsätzliche Verantwortung für den Erfolg der Maßnahme, d. h. sie hat die Vorgaben der §§ 7 (Grundsatz der Wirtschaftlichkeit), 24 und 54 (Grundregeln für Planung und Ausführung von Baumaßnahmen) sowie 55 (öffentliche Ausschreibung) sicherzustellen.

Sofern Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie Sondervermögen nach den spezialgesetzlichen Grundlagen dieser Einrichtungen das kaufmännische Rechnungswesen anzuwenden haben, bedeutet *entsprechende Anwendung* im Sinne der §§ 105 Abs. 1 bzw. 113 Abs. 1 LHO, dass die baulichen Regelungen der LHO in einem adäquaten Sinne zu beachten sind. Klarstellend kann ggf. die spezialgesetzliche Grundlage der jeweiligen Einrichtung die Anwendung bestimmter Paragraphen der LHO explizit ausschließen oder andere Paragraphen der LHO ausdrücklich für anwendbar erklären. So sieht z. B. § 24 – Wirtschaftsführung und Rechnungswesen – des Berliner Universitätsmedizingesetzes vom 5.12.2005 unter Absatz 8 explizit vor, dass unter anderem die §§ 24 und 54 der LHO anzuwenden sind.

Im Zusammenhang mit der gesetzlichen Sperre nach § 24 Abs. 3 Satz 3 LHO ist die Auflage II. A. 21 zum Doppelhaushalt 2018/2019 (Drucksache Nr. 18/0700) zu beachten. Diese fordert Senat und Bezirke auf, die Aufhebung der nach § 24 Abs. 3 Satz 3 LHO gesperrten Ausgaben und/oder Verpflichtungsermächtigungen durch den Hauptausschuss mit einem Bericht über das Prüfergebnis der Bauplanungsunterlage (BPU) gesondert zu beantragen. Ohne eine entsprechende Freigabe durch den Hauptausschuss darf somit eine ursprünglich gem. § 24 Abs. 3 LHO, d. h. eine ohne vollständige Planungsunterlagen veranschlagte Baumaßnahme, nicht begonnen werden.

Neben dem Adressatenkreis der §§ 24, 54 LHO ist der sachliche Anwendungsbereich dieser Vorschriften zu beachten. Gem. Nr. 1.1.1 AV § 24 LHO sind Baumaßnahmen nur Neubauten (einschließlich Ersatzbauten), Erweiterungsbauten und Umbauten. Un-

terhaltungsmaßnahmen gehören gem. Nr. 1.1.3 AV § 24 nicht zu den Baumaßnahmen. Unterhaltungsmaßnahmen sind Maßnahmen, die dazu dienen, bauliche Anlagen einschließlich der Installationen, der zentralen Betriebstechnik, der betrieblichen Einbauten und der Außenanlagen in gutem Zustand zu erhalten oder in guten Zustand zu setzen oder die Benutzbarkeit oder Leistungsfähigkeit dieser Anlagen auf Dauer zu sichern oder zu verbessern, ohne dass die bauliche Substanz wesentlich vermehrt oder verändert wird. Weitere Einzelheiten zur Abgrenzung zwischen Baumaßnahmen und Unterhaltungsmaßnahmen finden sich in den HtR unter Ziffer 15.8.

II. Begründung der nicht unmittelbaren Geltung von § 24 Abs. 3 und 5 LHO sowie der ABau bei Maßnahmen, die über die Berliner Immobilienmanagement GmbH (BIM) abgewickelt werden

a) Baumaßnahmen der BIM im Sondervermögen Immobilien des Landes Berlin (SILB), die vom SILB über Mieteinnahmen refinanziert werden

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die haushaltsrechtlichen Vorschriften des § 24 LHO, der AV zu § 24 LHO und der Ergänzenden AV zu den AV § 24 LHO sowie der ABau i.V. mit § 113 Abs. 1 LHO bei Baumaßnahmen der BIM im SILB, die sie als Geschäftsführerin des SILB durchführt, nicht unmittelbar gelten, weil mit dem SILB-ErrichtungsG vom 04.12.2002 in der Fassung vom 28.04.2016 (GVBl. S. 251) „*durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes etwas anderes bestimmt ist*“. Insbesondere ergibt sich dies aus der rechtlichen Konzeption des nach kaufmännischen Grundsätzen geführten Sondervermögens. Die Refinanzierung der Baumaßnahmen erfolgt innerhalb des SILB-Kreislaufs, d. h. im Rahmen des Mieter-Vermieter-Modells über Mieteinnahmen bzw. Rücklagen.

Nach dem SILB ErrichtungsG vom 04.12.2002 in der Fassung vom 28.04.2016 (GVBl. S. 251) obliegt dem SILB neben der Bauunterhaltung und Bewirtschaftung der zugewiesenen Dienstgebäude der Abbau des Sanierungsstaus sowie die Durchführung solcher Baumaßnahmen, die eine Optimierung der Flächennutzung auf den Grundstücken und in den Gebäuden des Sondervermögens zum Ziel haben. Die BIM orientiert ihre Planungsprozesse an Leistungsphasen, die der HOAI nachgebildet sind und dem Standard der Regelverfahren gem. ABau entsprechen.

Zur Finanzierung des Abbaus des Sanierungsstaus sowie der Baumaßnahmen zur Flächenoptimierung können nach § 3 Abs. 2 SILB ErrichtungsG Rücklagen gebildet werden, wenn sich aus der Bewirtschaftung des Sondervermögens ein Überschuss ergibt. Über die Angemessenheit der Höhe der Rücklagen entscheidet der Hauptausschuss des Abgeordnetenhauses von Berlin. Dem Hauptausschuss werden die aus der Rücklage zu finanzierenden Maßnahmen – aufgegliedert nach Einzelmaßnahmen – zur Zustimmung vorgelegt. Erfolgen nach der Beschlussfassung Planungsänderungen, werden diese in analoger Anwendung des § 24 Abs. 5 LHO dem Hauptausschuss vorgelegt. Mit diesem Verfahren ist die entsprechende Anwendung der LHO und der ABau im Hinblick auf die Umsetzung von diesen Baumaßnahmen im SILB gewährleistet. Da diesem Verfahren auch Planungsänderungen bei Bauunterhaltungsmaßnahmen der Beschlussfassung des Hauptausschusses unterliegen, geht der Umfang der parlamentarischen Einbindung über das Regelverfahren der direkten Haushaltsfinanzierung von Investitionen sogar hinaus.

b) Baumaßnahmen der BIM im SILB, die nicht vom SILB über Mieteinnahmen refinanziert, sondern unmittelbar durch investive Zuweisungen an das SILB aus dem Kernhaushalt finanziert werden

Über Titel der Hauptgruppe 8 sind im Doppelhaushalt 2018/2019 in Ausnahmefällen Haushaltsmittel zur Durchführung von Investitionsmaßnahmen direkt aus dem Kernhaushalt als Zuweisung an das SILB vorgesehen. In diesen Fällen findet das für Landesbaumaßnahmen geltende Regelverfahren entsprechend Anwendung. Die §§ 24, 54 LHO, einschließlich der im Falle der Veranschlagung ohne Planungsunterlagen zu beachtenden Auflage II. A. 21, sind grundsätzlich zu beachten.

c) Baumaßnahmen der BIM im SILB, die nicht vom SILB über Mieteinnahmen refinanziert, sondern unmittelbar durch investive Zuschüsse an die BIM aus dem Sondervermögen Infrastruktur der Wachsenden Stadt und Nachhaltigkeitsfonds (SIWANA) finanziert werden

Über das SIWANA werden unter anderem besonders dringliche Baumaßnahmen bei SILB-Immobilien finanziert, insbesondere für Polizei-, Feuerwehr- und Justizliegenschaften, mit deren Durchführung die BIM beauftragt wurde. Zum Zwecke der Beschleunigung dieser Baumaßnahmen wurde ein vom Regelverfahren abweichendes Verfahren etabliert, das jedoch den Standards der §§ 24 und 54 LHO sowie der ABau entspricht. Hierüber wurde der Hauptausschuss mit der Roten Nr. 2625 B (dort Gliederungspunkt 4) in Kenntnis gesetzt.

Bei der Umsetzung von SIWANA-finanzierten Hochbaumaßnahmen durch die BIM kommen die bei der BIM hierfür geltenden Maßstäbe und Prüfverfahren zur Anwendung. Die internen Planungs- und Prüfungsprozesse der BIM sind anders strukturiert als jene des Landes Berlin. Die BIM orientiert ihren Planungsprozess an Leistungsphasen, die der HOAI nachgebildet sind. Der Planungsprozess gliedert sich dementsprechend in Grundlagenermittlung, Vorplanung mit Kostenschätzung, Entwurfsplanung und Kostenberechnung, Genehmigungsplanung, Ausführungsplanung und Vergabevorbereitung. Die Prüfung und Genehmigung der Planungen erfolgt durch die der Geschäftsführung der BIM unmittelbar zugeordnete, vom Baumanagement der BIM unabhängigen Stabsstelle Baucontrolling. Der Hauptausschuss wird vor der Inangriffnahme von Hochbaumaßnahmen durch die BIM von der jeweils zuständigen Verwaltung informiert, falls die internen Planungen der BIM Kostensteigerungen gegenüber den im SIWANA-Haushaltsplan veranschlagten Gesamtkosten ausweisen (siehe dazu auch Rote Nr. 2625 B).

Die benötigten Finanzmittel werden vom SIWANA als Ausgaben der Hauptgruppe 8 auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrages im Sinne der §§ 54 ff. VwVfG zwischen der BIM und der beauftragenden Dienststelle der Berliner Landesverwaltung zur Verfügung gestellt. Konkret handelt es sich hierbei um einen sog. Austauschvertrag im Sinne von § 56 Abs. 1 VwVfG:

"Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2 VwVfG, in dem sich der Vertragspartner der Behörde zu einer Gegenleistung verpflichtet, kann geschlossen werden, wenn die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart

wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient. Die Gegenleistung muss den gesamten Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen."

Bei den entsprechenden Zahlungen aus dem SIWANA an die BIM handelt es sich folglich nicht um Zuwendungen im Sinne von § 23 LHO, sondern um investiven Aufwendungsersatz für Baumaßnahmen, die die BIM in den von ihr vermieteten bzw. betreuten Objekten vornimmt. Zahlungsgrundlage sind als Projektvereinbarungen bezeichnete Austauschverträge. Solche Projektvereinbarungen sind aufgrund einer flexibleren Handhabung beispielsweise gegenüber einer Zuwendung nach den §§ 23, 44 LHO zu bevorzugen, wenn zwischen der zuständigen Fachverwaltung und der BIM detaillierte Umsetzungsvorgaben für die Baumaßnahmen zu regeln sind.

Sowohl die Frage, ob die Behörde einen Austauschvertrag zu schließen beabsichtigt als auch die darauffolgende Frage mit welchem konkreten Inhalt sie den Vertrag schließen möchte, steht im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde (vgl. Spieth in BeckOK VwVfG, § 56, Rn. 64; Huck/Müller in VwVfG, 2. Auflage, Rn. 6). Allgemein kommt der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Austauschvertrages in Betracht, wenn erst die Gegenleistung des Vertragspartners die Voraussetzungen für eine rechtmäßige Leistung der Behörde schafft. Gerade in Konstellationen, in denen es um ein komplexes Geflecht aus Leistungen und Gegenleistungen geht (wie hier bei komplexen fachspezifischen Baumaßnahmen), bieten die klassischen Instrumente des Verwaltungsrechts häufig keine ausreichende Flexibilität, sodass sich der Abschluss eines Austauschvertrages anbietet (vgl. Spieth in BeckOK VwVfG, Rn. 1 – 3).

Die zwischen der BIM und der jeweiligen Fachverwaltung zu schließenden Projektvereinbarungen sind zwar als öffentlich-rechtlicher Vertrag, jedoch nicht als Zuwendungsvertrag ausgestaltet. Der mit dem Zuwendungsrecht gem. §§ 23, 44 LHO einhergehend administrative Aufwand zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Mittelverwendung ist im Verhältnis zwischen Fachverwaltung und BIM nicht erforderlich. Die entsprechende Straffung des Verfahrens erfolgte aufgrund der Ermächtigung der Senatsverwaltung für Finanzen nach Nr. 15.1 AV § 44 LHO, wonach die Senatsverwaltung für Finanzen Ausnahmen vom Zuwendungsverfahren zulassen kann. Mit dem 2. SIWANA-Rundschreiben vom 05.06.2015 (dort Gliederungspunkt II) wurden die Fachverwaltungen ermächtigt, eine Vereinbarung über die Investitionsdurchführung mit der BIM zu schließen.

Die Option einer Zuwendungsgewährung an die BIM wurde in dem Rundschreiben lediglich für den Sonderfall offengelassen, dass die BIM Baumaßnahmen bei Immobilien durchführt, die sich nicht im SILB befinden. Dies wurde bislang erst einmal angewandt, nämlich zum Zwecke der Instandsetzung des Eierhäuschens, das sich zu Beginn der Baumaßnahme im Treuhandvermögen des Liegenschaftsfonds befand und inzwischen dem SODA zugeordnet wurde.

III. Problematik einer Anwendung von § 24 Abs.3 und 5 LHO in Bezug auf die HOWOGE bzw. anderen sonstigen Gesellschaften, die sich mit Schulsanierungen und Schulneubau befassen

Die HOWOGE Wohnungsbaugesellschaft mbH soll einen Teil der Neubauten von Schulen sowie der Großsanierungsfälle mit Gesamtkosten über 10 Mio. € übernehmen. Die HOWOGE soll diese Baumaßnahmen grundsätzlich über eigene Kreditaufnahmen finanzieren, während im Gegenzug die Bestellung von Erbbaurechten an den landeseigenen Schulgrundstücken zugunsten der HOWOGE vorgesehen ist. Die Bezirke als Schulträger schließen mit der HOWOGE jeweils einen Mietvertrag auf der Basis eines einheitlichen Mustervertrages.

Die HOWOGE wird somit Schulen im Rahmen eines tragfähigen Geschäftsmodells errichten bzw. sanieren und an die Schulträger vermieten. Da die Finanzierung dieser Baumaßnahmen ohne Landesmittel über den Kapitalmarkt erfolgt, sind die haushaltsrechtlichen Vorschriften für Landesbaumaßnahmen (z. B. gem. § 24 LHO oder gem. ABau) nicht einschlägig. Die bloße Refinanzierung der kreditfinanzierten Baumaßnahmen über Mieteinnahmen führt nicht zu einer Anwendbarkeit haushaltsrechtlicher Vorschriften. Allerdings unterliegt die HOWOGE öffentlichem Vergaberecht und wird auf die für den Landesschulbau geltenden einheitlichen baufachlichen und ökologischen Standards verpflichtet.

Ich bitte, den Beschluss damit als erledigt anzusehen.

In Vertretung

Klaus Feiler
Senatsverwaltung für Finanzen