

Gutachten
zu einigen finanzverfassungs- und haushaltsrechtlichen Fragen
im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Grundstücks auf dem Gebiet
des sog. Gleisdreiecks durch das Land Berlin

Gliederung

A. Auftrag	2
B. Sachverhalt	3
I. Erwerb des Grundstücks durch das Land Berlin	3
II. Finanzierung des Grundstücksgeschäfts.....	4
III. Beteiligung des Abgeordnetenhauses und seiner Ausschüsse	5
C. Stellungnahme.....	6
I. Haushaltsrechtliche Befugnis zum Abschluss des städtebaulichen Rahmenvertrags	6
1. § 38 Abs. 1 Satz 1 LHO.....	6
2. § 38 Abs. 1 Satz 2 LHO.....	9
a) Einwilligung der Senatsverwaltung für Finanzen.....	9
b) Unvorhersehbares und unabweisbares Bedürfnis.....	10
(1) Unvorhergesehen.....	11
(2) Unabweisbar	12
c) § 37 Abs. 6 Satz 1 LHO.....	15
d) Zwischenergebnis	16
3. Artikel 88 Abs. 1 VvB.....	16
4. Gremienvorbehalt	18
a) § 37 Abs. 4 LHO	19
b) § 64 Abs. 2 LHO	19
c) Auflagenbeschluss.....	20
II. Haushaltsrechtliche Befugnis zum Abschluss des Kaufvertrags.....	22
1. § 37 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 LHO	22
a) Unvorhergesehen.....	22
b) Unabweisbar.....	25

2. Artikel 88 Abs. 1 VvB.....	25
III. Konsequenzen für die am Abschluss der Verträge beteiligten Mitglieder des Senats	26
1. Strafrechtliche Verantwortung.....	26
2. Schadenersatzansprüche	28
a) Zivilrechtlicher Anspruch	28
b) Öffentlich-rechtlicher Anspruch.....	28
D. Ergebnis.....	30

A. Auftrag

Aufgrund einer entsprechenden Bitte der Fraktion der CDU hat der Präsident des Abgeordnetenhauses den Wissenschaftlichen Parlamentsdienst beauftragt, haushaltsrechtliche Fragen zu beantworten, die sich aus Sicht der Fraktion im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Grundstücks auf dem Gelände des sog. Gleisdreiecks in Friedrichshain-Kreuzberg durch das Land Berlin stellen. Das Grundstück soll zum überwiegenden Teil dem Deutschen Technikmuseum Berlin als Erweiterungsfäche für seine dritte Ausbaustufe dienen. Im Einzelnen bittet die CDU-Fraktion um Beantwortung der folgenden Fragen:

1. War der Senat haushaltsrechtlich ermächtigt, den städtebaulichen Rahmenvertrag im September 2005 abzuschließen, nachdem die Spende des Herrn Lacey nicht vereinbarungsgemäß am 31. Juli 2005 eingegangen war?
2. Ist der Gremienvorbehalt, unter dem der städtebauliche Rahmenvertrag stand, erfüllt worden bzw. welche Folgerungen haben sich aus der Nichterfüllung des Gremienvorbehalts ergeben?
3. Lagen für die Zulassung der Haushaltsüberschreitung die Voraussetzungen der Unabweisbarkeit und Unvorhersehbarkeit im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor oder hätte es – weil der Sachverhalt bei Aufstellung des Haushalts 2006/2007 bekannt war und bewusst nicht veranschlagt wurde – für dieses Geschäft eines Nachtragshaushalts bedurft?

4. Lag ggf. für das Grundstücksgeschäft (Vorgang 029 des Unterausschusses Vermögen) die haushaltsrechtliche Ermächtigung nicht vor, weil die Zulassung der Haushaltsüberschreitung wegen Verstoßes gegen das Finanzverfassungsrecht nichtig war?
5. Inwieweit können Mitglieder des Senats für offensichtliche Verstöße gegen Finanzverfassungs- und Haushaltsrecht zur Rechenschaft gezogen werden, wenn Finanzmittel zweckwidrig eingesetzt werden, und inwieweit könnten sich ggf. Regressansprüche aus dem o. a. Grundstücksgeschäft ergeben, insbesondere dann, wenn sie ihr Fehlverhalten durch offensichtlich falsche Darstellung gegenüber dem Parlament und seinen Ausschüssen zu heilen versuchen?

B. Sachverhalt

Bei dem in Rede stehenden Grundstück handelt es sich um ein 3,4 ha großes Areal, das sich auf dem Gebiet des ehemaligen Anhalter Güterbahnhofs befindet und Teil des sog. Gleisdreiecks ist. Das Grundstück befand sich – ebenso wie ein Großteil der anderen das Gleisdreieck bildenden Flächen – im Eigentum des Bundeseisenbahnvermögens bzw. seiner Rechtsnachfolger, zuletzt der Vivico Real Estate GmbH (im Folgenden: Vivico).

I. Erwerb des Grundstücks durch das Land Berlin

Bereits im Jahre 1994 stellte das Bundeseisenbahnvermögen dem Land Berlin die Übertragung von Flächen auf dem Gleisdreieck im Umfang von insgesamt rd. 16 ha in Aussicht, um die Errichtung einer öffentlichen Parkanlage zu ermöglichen. Im Gegenzug stellte das Land Berlin seinerseits in Aussicht, für die im Eigentum der Bahn verbleibenden Flächen auf dem Gleisdreieck die planungsrechtlichen Voraussetzungen für deren bauliche Nutzung zu schaffen.¹ Die Herstellung der Parkanlage

¹ Vgl. Anlage 1 zur roten Nummer 3048 des Hauptausschusses, sog. Notenwechsel vom 24./25. März 1994 zwischen dem Land Berlin, der Deutschen Bahn und dem Bundeseisenbahnvermögen.

Anm.: Während es sich bei der roten Nummer 3048 um einen Vorgang des Hauptausschusses aus der 15. Wahlperiode handelt, beziehen sich alle weiteren, in diesem Gutachten erwähnten roten Nummern auf die 16. Wahlperiode.

sollte aus Mitteln finanziert werden, die Investoren am Potsdamer Platz und am Leipziger Platz aufgrund der §§ 135a bis 135c des Baugesetzbuchs (BauGB) in Verbindung mit entsprechenden städtebaulichen Verträgen als Ausgleichsmaßnahme für den Naturschutz zu leisten hatten.²

Das hier interessierende Grundstück (eine Teilfläche des sog. Schwechtenparks) war zunächst nicht von den Vereinbarungen aus dem Jahr 1994 erfasst, sondern wurde erst später in die Verhandlungen zwischen dem Land Berlin und der Vivico über einen städtebaulichen Rahmenvertrag einbezogen. Während die Vivico eine wirtschaftlich verwertbare Nutzung des Geländes anstrebte, war es Ziel des Landes Berlin, das Areal als Vorratsfläche für einen weiteren – bislang finanziell noch nicht gesicherten – Ausbau des Deutschen Technikmuseums Berlin (im Folgenden: DTMB) zu erwerben (ca. 2,4 ha) und den restlichen Teil der Fläche (ca. 1,0 ha) der geplanten öffentlichen Parkanlage anzugliedern.³ Durch den notariell beglaubigten städtebaulichen Rahmenvertrag vom 27. September 2005 verpflichtete sich die Vivico schließlich u. a., dem Land Berlin das Grundstück gegen Zahlung eines Kaufpreises von 5 000 800 Euro⁴ zu veräußern. Der notarielle Kaufvertrag über das Grundstück zwischen der Vivico und dem Land Berlin, vertreten durch die Liegenschaftsfonds GmbH & Co KG, wurde sodann am 22. Dezember 2006 geschlossen.

II. Finanzierung des Grundstücksgeschäfts

Der Kaufpreis für das Grundstück sollte aus einer zweckgebundenen Spende des englischen Unternehmers Glenn Lacey in Höhe von 5,5 Mio Euro finanziert werden. Herr Lacey hatte diese Schenkung in einer Vereinbarung zwischen ihm und dem damaligen Senator für Wissenschaft, Forschung und Kultur Flierl vom 2. April 2005 schriftlich zugesagt. Die Zusage war nicht notariell beurkundet worden. Sie enthielt eine nach englischem Recht übliche Schutzklausel, wonach Berlin auf rechtliche Schritte verzichtet, sollte der Schenker durch Krankheit, Unfälle oder aus persönlichen Gründen, die außerhalb seiner Kontrolle liegen, nicht in der Lage sein, die

² Rote Nummer 3048, S. 2 f., 11.

³ Vgl. zu dem Sachverhalt rote Nummer 3048, S. 5 f.

⁴ Der Preis entspricht – gerundet – einem Quadratmeter-Preis von 147,08 Euro; der von einem Gutachter ermittelte Bodenwert für Bauland liegt bei 145.– Euro (rote Nummer 3048, S. 6).

Spende zu leisten.⁵ Die Zahlung sollte in zwei Raten erfolgen, die erste von 3 Mio Euro bis zum 31. Juli 2005, die zweite von 2,5 Mio Euro bis zum 31. Dezember 2005. Herr Lacey zahlte jedoch weder zu den vereinbarten Fristen noch später.⁶ Der Kaufpreis muss daher aus Haushaltsmitteln des Landes Berlin geleistet werden.⁷

III. Beteiligung des Abgeordnetenhauses und seiner Ausschüsse

Unter Berufung auf einen Beschluss des Hauptausschusses, wonach der Senat und die Bezirke ersucht würden, „bei über- oder außerplanmäßigen Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen sowie bei Einnahmeverzichten ... und in finanziell bedeutsamen Fällen vorab das Einvernehmen mit dem Hauptausschuss herbeizuführen“,⁸ legte der Senat dem Hauptausschuss einen „Bericht zum städtebaulichen Rahmenvertrag zur Entwicklung des Gleisdreiecks im Bezirk Friedrichshain-Kreuzberg mit Zusatzvereinbarung“ vom 7. Juni 2005 vor.⁹ In ihm werden der Inhalt des abzuschließenden städtebaulichen Rahmenvertrags, die geplanten städtebaulichen Maßnahmen sowie deren haushaltsneutrale Finanzierung aus den bereits geleisteten Ausgleichszahlungen für den Naturschutz und aus der erwarteten Spende des Unternehmers Lacey ausführlich dargestellt. Der Hauptausschuss nahm den Bericht in seiner Sitzung am 15. Juni 2005 zur Kenntnis; umstritten ist, ob es sich um eine einfache oder aber eine zustimmende Kenntnisnahme handelte.¹⁰

Nachdem endgültig feststand, dass die Spende von Herrn Lacey nicht eingehen würde, teilte der Senat dem Hauptausschuss diese Tatsache mit Schreiben vom 5. Dezember 2006 mit und bat zugleich um zustimmende Kenntnisnahme des Um-

⁵ Rote Nummer 0071 F, S. 4 f.

⁶ Vgl. zu den Verhandlungen, die mit Herrn Lacey geführt wurden, und zu den von ihm vorgeschlagenen Finanzierungsalternativen rote Nummer 0071 F, S. 4 ff.

⁷ Zu den Details vgl. rote Nummer 0071, S. 3, Gliederungspunkt 4.

⁸ Tatsächlich lautet der Auflagenbeschluss:

„Der Senat und die Bezirke werden ersucht, bei über- oder außerplanmäßigen Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen sowie bei Einnahmeverzichten in grundsätzlichen (d. h. auch bei neuen Baumaßnahmen) oder finanziell bedeutsamen Fällen vorab das Einvernehmen mit dem Hauptausschuss herbeizuführen.“ (Vgl. Drs. 15/2551, Teil II „Ersuchen, Auflagen und sonstige Beschlüsse aus Anlass der Beratung des Haushaltsplans von Berlin für die Haushaltsjahre 2004 und 2005 – Auflagenbeschlüsse 2004/2005 –“ Nr. A. 2.

⁹ Rote Nummer 3048.

¹⁰ Beschlussprotokoll Haupt 15/92, S. 16 (einfache Kenntnisnahme); Inhaltsprotokoll Haupt 15/92, S. 22 (zustimmende Kenntnisnahme).

stands, dass statt der Spende nunmehr außerplanmäßige Ausgaben in Höhe von 5,5 Mio Euro zugelassen würden, um das anstehende Grundstücksgeschäft zu finanzieren.¹¹ Der Hauptausschuss fasste den entsprechenden Beschluss am 13. Dezember 2006.¹² Dem eigentlichen Vertrag über den Kauf des für die Erweiterung des DTMB vorgesehenen Grundstücks stimmte das Abgeordnetenhaus schließlich – entsprechend der Beschlussempfehlung des Hauptausschusses¹³ – in seiner 6. Sitzung am 1. Februar 2007 zu.¹⁴

C. Stellungnahme

I. **Haushaltsrechtliche Befugnis zum Abschluss des städtebaulichen Rahmenvertrags**

1. § 38 Abs. 1 Satz 1 LHO

Die Vertreter des Landes Berlin¹⁵ könnten den städtebaulichen Rahmenvertrag vom 27. September 2005 ohne eine nach § 38 Abs. 1 Satz 1 der Landeshaushaltsordnung (LHO)¹⁶ grundsätzlich erforderliche Ermächtigung abgeschlossen haben. Unter der Überschrift „Verpflichtungsermächtigungen“ lautet § 38 Abs. 1 Satz 1 LHO:

Maßnahmen, die zur Leistung von Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren verpflichten können, sind nur zulässig, wenn der Haushaltsplan dazu ermächtigt.

Als Maßnahme ist jede öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Verwaltungstätigkeit anzusehen, sofern sie darauf abzielt, das Land Berlin rechtlich zu verpflichten, Ausgaben mit Fälligkeit ab dem auf das laufende Haushaltsjahr folgenden oder auch

¹¹ Rote Nummer 0071.

¹² Beschlussprotokoll Haupt 16/4, S. 12, Inhaltsprotokoll Haupt 16/4, S. 19.

¹³ Drs. 16/0220.

¹⁴ Plenarprotokoll 16/6, S. 407.

¹⁵ Entsprechend den Angaben des Senats wurde das Land Berlin durch Vertreter der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung, der Senatsverwaltung für Finanzen und des Liegenschaftsfonds vertreten, vgl. rote Nummer 3048, S. 3.

¹⁶ In der Fassung vom 20. November 1995 (GVBl. S. 805, 1996 S. 118), zuletzt geändert durch Artikel II des Gesetzes vom 23. September 2005 (GVBl. S. 475).

einem späteren Haushaltsjahr zu leisten. Hierunter können z. B. der Abschluss von Verträgen oder der Erlass von Verwaltungsakten fallen genauso wie das Eingehen vorvertraglicher Bindungen oder Zusagen, sofern aus ihnen Rechtsansprüche gegen das Land Berlin hergeleitet werden können.¹⁷ Ob mit einer Maßnahme das Eingehen von Verpflichtungen verbunden ist, hängt von der getroffenen Regelung in jedem Einzelfall ab, im Falle eines Vertrags also von den konkreten Vertragsbestimmungen.

Eine Maßnahme in diesem Sinne könnte der städtebauliche Rahmenvertrag sein. Die Vertreter des Senats haben mehrfach deutlich gemacht, dass das Land Berlin aufgrund der mit dem städtebaulichen Rahmenvertrag eingegangenen Verpflichtungen rechtlich verpflichtet war, bis zum 31. Dezember 2006 einen Kaufvertrag über die in Rede stehende Teilfläche des Schwechtenparks zu dem im Rahmenvertrag bereits näher konkretisierten Kaufpreis abzuschließen.¹⁸ Da das Land Berlin mithin mit dem Abschluss des Rahmenvertrags die Verpflichtung einging, das fragliche Grundstück zu erwerben, und offenbar beabsichtigte, die Kaufpreiszahlung nicht mehr in dem Jahr des Vertragsschlusses, sondern in einem späteren Jahr zu leisten, wozu es vertraglich befugt war, hätte es für den Abschluss des Rahmenvertrags einer Verpflichtungsermächtigung bedurft.¹⁹

Dieses Erfordernis besteht unabhängig davon, ob den zukünftigen Ausgaben zweckgebundene Einnahmen gegenüberstehen oder nicht. Dies ergibt sich schon daraus, dass sich nach § 11 Abs. 2 LHO der Inhalt eines Haushaltsplans auf die zu erwartenden Einnahmen und die voraussichtlich zu leistenden Ausgaben sowie auf die voraussichtlich benötigten Verpflichtungsermächtigungen beschränkt. Dagegen kennt das Haushaltsrecht keine Ermächtigungen oder gar Verpflichtungen zur Erzielung von Einnahmen. Eine Verrechnung zwischen Verpflichtungsermächtigungen und erwarteten zweckgebundenen Einnahmen ist folglich schon rein formal ausgeschlossen.

¹⁷ Für die inhaltsgleiche Bestimmung des § 38 der Bundeshaushaltsordnung (BHO) vgl. *Gatzer*, in: *Piduch*, Bundeshaushaltsrecht, § 38 BHO (Stand: 2001) Rn. 2.

¹⁸ Siehe u. a. rote Nummer 3048, S. 5 f.; rote Nummer 0071, S. 3; StS André Schmitz in der 4. Sitzung des Hauptausschusses am 13. Dezember 2006, Inhaltsprotokoll Haupt 16/4, S. 18.

¹⁹ Vgl. zu den für den Bund verbindlichen Vorverträgen über Grundstücke *Piduch*, in: *Piduch* (Fn. 17), § 64 (Stand 1989) Rn. 3 Buchstabe d.

Die Verrechnung einer Verpflichtungsermächtigung mit zweckgebundenen zukünftigen Einnahmen widerspräche aber auch dem Gebot der Bruttoveranschlagung. Zwar ist die Geltung des Bruttoprinzips in den §§ 15 und 35 LHO ausdrücklich nur für Einnahmen und Ausgaben geregelt. Für Verpflichtungsermächtigungen kann jedoch aus Gründen der Transparenz und der Klarheit des Haushalts nichts anderes gelten. Nur durch einen Bruttoausweis wird der Zweck der Verpflichtungsermächtigungen erreicht, die Ausübung des parlamentarischen Budgetrechts auch dann sicherzustellen, wenn Vorhaben über das Haushaltsjahr hinaus oder in künftigen Haushaltsjahren zu Ausgaben führen.²⁰ Denn auch im Haushaltsplan des Jahres, in dem die sich aus der Inanspruchnahme der Verpflichtungsermächtigung ergebenden Ausgaben fällig werden, sind diese Ausgaben grundsätzlich getrennt von den zweckgebundenen Einnahmen auszuweisen. Die Veranschlagung von Verpflichtungsermächtigungen beruht gerade auf der Überlegung, dass der Haushaltsgesetzgeber die sich aus den eingegangenen Verpflichtungen ergebenden Ausgaben in den zukünftigen Haushaltsplänen entsprechend bewilligen muss und künftige Haushaltsjahre dementsprechend durch solche Verpflichtungen belastet werden.²¹

Folgerichtig sehen auch die Ausführungsvorschriften zur Landeshaushaltsordnung (AV LHO)²² ausdrücklich vor, dass die Veranschlagung einer Verpflichtungsermächtigung im Haushaltsplan auch dann vorzunehmen ist, „wenn die in künftigen Jahren zu leistenden Ausgaben aus zweckgebundenen Einnahmen finanziert werden sollen.“²³

Als Zwischenergebnis ist danach festzuhalten, dass der Senat für den Abschluss des städtebaulichen Rahmenvertrags mit der Vivico grundsätzlich einer entsprechenden Verpflichtungsermächtigung in Höhe von 5 000 800 Euro bedurft hätte. Die Zweifel an der rechtlichen Verbindlichkeit der Spendenzusage des Herrn Lacey sind insoweit ohne Bedeutung.

²⁰ Vgl. dazu *Dommach*, in: Heuer, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 6 BHO (Stand 2002), Rn. 2, § 11 BHO (Stand 1992) Rn. 5; *Piduch/Mießner*, in: *Piduch* (Fn. 17), § 11 BHO (Stand 2001) Rn. 5.

²¹ Vgl. dazu *Dommach* (Fn. 20), § 6 BHO Rn. 2, § 11 BHO Rn. 5.

²² In der Fassung vom 6. August 2001, Hrsg. Senatsverwaltung für Finanzen.

²³ AV LHO zu § 16 Nr. 1; vgl. auch das Beispiel bei *Gatzer* (Fn. 17), § 38 BHO Rn. 3 Buchstabe h.

2. § 38 Abs. 1 Satz 2 LHO

Da im Haushaltsplan 2005 eine Verpflichtungsermächtigung für den Erwerb des Teilgrundstücks Schwechtenpark nicht veranschlagt war, könnte sich die Ermächtigung zum Abschluss des städtebaulichen Rahmenvertrags aus § 38 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 37 Abs. 1 LHO ergeben. Gemäß dem Verweis in § 38 Abs. 1 Satz 2 LHO auf § 37 Abs. 1 LHO gelten die Regelungen zu über- und außerplanmäßigen Ausgaben für Verpflichtungsermächtigungen entsprechend. § 37 Abs. 1 LHO lautet:

(1) Überplanmäßige und außerplanmäßige Ausgaben bedürfen der Einwilligung der Senatsverwaltung für Finanzen. Sie darf nur im Falle eines unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedürfnisses erteilt werden. Eine Unabweisbarkeit liegt insbesondere nicht vor, wenn die Ausgaben bis zur Verabschiedung des nächsten Haushaltsgesetzes oder des nächsten Nachtrages zum Haushaltsgesetz zurückgestellt werden können. Eines Nachtrages bedarf es nicht, wenn die überplanmäßigen oder außerplanmäßigen Ausgaben im Einzelfall einen im jeweiligen Haushaltsgesetz festzusetzenden Betrag nicht übersteigen oder der Erfüllung rechtlicher Verpflichtungen dienen.

Entsprechend dieser Bestimmung besteht im Falle eines unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedürfnisses die Möglichkeit, nach Zustimmung der Senatsverwaltung für Finanzen eine über- oder außerplanmäßige Verpflichtungsermächtigung in Anspruch zu nehmen, um Maßnahmen mit Kostenauswirkungen auf zukünftige Jahre durchzuführen. Da im Haushaltsplan für das Jahr 2005 keine Verpflichtungsermächtigung für den Abschluss des Rahmenvertrags bzw. für die sich daraus ergebenden Verpflichtungen veranschlagt war, käme im vorliegenden Fall also eine außerplanmäßige Verpflichtungsermächtigung in Betracht.

a) Einwilligung der Senatsverwaltung für Finanzen

Aus den vorliegenden Unterlagen ist nicht erkennbar, ob die Senatsverwaltung für Finanzen ihre Einwilligung zu einer solchen außerplanmäßigen Verpflichtungsermächtigung erteilt hat. Die Einwilligung ist – sofern nicht sofortiges Handeln zur Abwendung einer Berlin drohenden unmittelbar bevorstehenden Gefahr geboten ist

(§ 117 Abs. 2 LHO) – vor Ausführung der haushaltsmäßig nicht gedeckten Maßnahme schriftlich zu beantragen.²⁴

Von einem derartigen Antrag der zuständigen Senatsverwaltung für Stadtentwicklung ist nichts bekannt. Zwar war die Senatsverwaltung für Finanzen direkt am Abschluss des städtebaulichen Rahmenvertrags beteiligt, es bestehen jedoch Zweifel daran, dass ein formaler Antrag auf Zulassung einer außerplanmäßigen Verpflichtungsermächtigung gestellt worden ist. Dies erscheint umso unwahrscheinlicher, als die federführende Senatsverwaltung für Stadtentwicklung (wie wohl auch die Senatsverwaltung für Finanzen) offenbar davon ausging, dass angesichts der Zusage zweckgebundener Mittel für den Erwerb des Grundstücks eine Verpflichtungsermächtigung nicht erforderlich sei.²⁵ Unter diesen Umständen lässt sich eine bewusste Entscheidung zugunsten einer außerplanmäßigen Verpflichtungsermächtigung schwerlich vorstellen. Ob eine – ggf. auch konkludente – Einwilligung der Senatsverwaltung für Finanzen vorlag, muss dennoch offen bleiben, da es sich insoweit um einen internen, von hier aus nicht nachprüfbaren Vorgang handelt.

b) Unvorhersehbares und unabweisbares Bedürfnis

Voraussetzung für eine außerplanmäßige Verpflichtungsermächtigung und für eine Einwilligung der Senatsverwaltung für Finanzen ist das Bestehen eines unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedürfnisses. Zu diesen beiden Kriterien hat das Bundesverfassungsgericht in einem Urteil vom 25. Mai 1977, das sich mit über- und außerplanmäßig geleisteten Ausgaben des Bundes zu beschäftigen hatte, grundsätzliche Ausführungen gemacht,²⁶ die auf Verpflichtungsermächtigungen entsprechend übertragbar sind.²⁷ Nach der Entscheidung sind an die Frage, welche Ausgaben noch als über- bzw. außerplanmäßige Ausgaben geleistet werden dürfen und welche nur auf gesetzlicher Grundlage, d. h. nach Änderung des Haushaltsplans durch ein Nachtragshaushaltsgesetz, zulässig sind, strenge Maßstäbe anzusetzen, da das Bud-

²⁴ *Dommach* (Fn. 20), § 37 BHO (Stand 1995) Rn. 6; *Dorn*, Das Notbewilligungsrecht der Finanzminister des Bundes und der Länder: Geltung und Grenzen, DÖV 1989, S. 707, 711; s. a. AV LHO, Nr. 8 zu § 37.

²⁵ So noch in der 4. Sitzung des Hauptausschusses am 13. Dezember 2006 ein Vertreter der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung, Inhaltsprotokoll Haupt 16/4, S. 18.

²⁶ BVerfGE 45, 1 ff.

²⁷ *Gatzer* (Fn. 17), § 38 BHO Rn. 5.

getreht grundsätzlich dem Parlament zusteht.²⁸ Das Bundesverfassungsgericht betont insoweit die herausragende Stellung des Haushaltsgesetzgebers, die es vor allem aus Art. 110 Abs. 2 des Grundgesetzes²⁹ [GG] (vergleichbar mit Art. 85 Abs. 1 der Verfassung von Berlin³⁰ [VvB]) herleitet. Es erkennt aber auch an, dass – wegen der besonderen Eilbedürftigkeit mancher unvorhergesehener Ausgaben – nicht in jedem Fall das für einen Nachtragshaushalt notwendige parlamentarische Verfahren abgewartet werden kann. Das sog. Notbewilligungsrecht des Bundesministers für Finanzen sieht das Gericht gleichwohl als lediglich subsidiäre Kompetenz an, die sich auf dringliche Notfälle zu beschränken hat.³¹

(1) *Unvorhergesehen*

Ein Bedürfnis ist entsprechend dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts nicht erst „unvorhergesehen“, wenn es objektiv unvorhersehbar war. Vielmehr genügt für die Annahme dieses Merkmals, dass tatsächlich weder der Finanzminister noch die Regierung bei der Aufstellung des Haushaltsplans noch der Gesetzgeber bei der Beratung und Feststellung des Haushaltsgesetzes das Bedürfnis oder seine gesteigerte Dringlichkeit vorhergesehen hat. Hat dagegen das zuständige Ressort unter Hinweis auf bestimmte Aufgaben und Bedürfnisse Etatwünsche gegenüber dem Finanzressort angemeldet, die dieses ganz oder teilweise abgelehnt hat, so wären diese Bedürfnisse während der späteren laufenden Haushaltsperiode nicht mehr unvorhergesehen.³²

Bezogen auf den konkret vorliegenden Fall lässt sich nicht feststellen, ob für den Abschluss des städtebaulichen Rahmenvertrags und die damit einhergehende Verpflichtung zum Erwerb der Teilfläche des Schwechtenparks bei Aufstellung des Doppelhaushalts 2004/2005 Etatmittel oder eine Verpflichtungsermächtigung beantragt worden sind. Insbesondere lässt sich aus dem bisher bekannten Sachverhalt

²⁸ BVerfGE 45, 1, 32.

²⁹ In der im BGBl. Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Gesetz vom 28. August 2006 (BGBl. I S. 2034).

³⁰ Vom 23. November 1995 (GVBl. S. 779), zuletzt geändert durch Gesetz vom 6. Juli 2006 (GVBl. S. 710).

³¹ BVerfGE 45, 1, 34, 37.

³² BVerfGE 45, 1, 35; ebenso VerfGH Rheinland-Pfalz, NVwZ-RR 1998, S. 1, 3. Leits, S. 2; LVerfG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 28. November 2006, www.lverfg.justiz.sachsen-anhalt.de/?index=18&text=607, Rn. 55; ferner *Dorn* (Fn. 24), DÖV 1089, S. 707, 710.

nicht ermitteln, ab welchem Zeitpunkt sich der Abschluss der städtebaulichen Rahmenvertrags unter Einschluss des in Rede stehenden Grundstücks so konkretisiert hatte, dass die Notwendigkeit seiner Berücksichtigung im Haushaltsplan hätte erkannt werden müssen. Der Haushaltsplan 2005 wurde durch das Haushaltsgesetz 2004/2005 (HG 04/05) vom 1. April 2004³³ beschlossen. Ob bis zu diesem Zeitpunkt die Einbeziehung des Schwechtenparks in den Rahmenvertrag absehbar war, erscheint unwahrscheinlich, da Herr Lacey seine Bereitschaft zu spenden erst im September 2004 mündlich erklärt hat³⁴ und der Erwerb des Grundstücks offensichtlich von dieser Zusage abhängig gemacht worden war. Eine Berücksichtigung dieses Bedürfnisses durch den Ausweis einer Verpflichtungsermächtigung im Haushaltsplan 2005 kam daher bis zur Verabschiedung des Haushaltsgesetzes 2004/2005 nicht in Betracht und dürfte dementsprechend auch noch nicht von der zuständigen Fachverwaltung bei der Senatsverwaltung für Finanzen angemeldet worden sein.

Es kann daher davon ausgegangen werden, dass das Bedürfnis, den städtebaulichen Rahmenvertrag abzuschließen, zwar absehbar, die Berücksichtigung des Schwechtenparks in der schließlich vereinbarten Weise jedoch bis zur Beschlussfassung über den Doppelhaushalt 2004/2005 im März 2004 nicht zu erwarten war und daher auch tatsächlich nicht angemeldet wurde. Die spätere Vereinbarung über das Areal Schwechtenpark im Rahmenvertrag und der sich daraus ergebende Grundstückskauf durch das Land Berlin waren folglich unvorhergesehen.

(2) Unabweisbar

Zur Frage der Unabweisbarkeit führt das Bundesverfassungsgericht in seiner bereits zitierten Entscheidung Folgendes aus:

Dieses Tatbestandsmerkmal verlangt, dass die vorgesehene Ausgabe sachlich unbedingt notwendig und zugleich zeitlich unaufschiebbar ist. Unabweisbarkeit ist demnach mehr als die ohnehin aus dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit folgende, sachlich zu verstehende Notwendigkeit; hinzukommen muss, um die Inanspruchnahme einer im Gesamtsystem der Verfassung nur subsidiären „Notkompetenz“ rechtfertigen zu können, das Moment des

³³ GVBl. S. 154.

³⁴ Rote Nummer 0071 F, S. 8.

Zeitdrucks. Nur wenn eine Ausgabe ohne Beeinträchtigung schwerwiegender politischer, wirtschaftlicher oder sozialer Staatsinteressen nicht mehr zeitlich aufgeschoben werden kann, besteht für sie ein unabweisbares Bedürfnis.³⁵

Diese Anforderungen setzt § 37 Abs. 1 Satz 3 LHO um, indem er vorsieht, dass eine Unabweisbarkeit insbesondere dann nicht gegeben ist, wenn die Ausgaben bis zur Verabschiedung des nächsten Haushaltsgesetzes oder des nächsten Nachtrags zum Haushaltsgesetz zurückgestellt werden können.

Der Rahmenvertrag wurde am 27. September 2005 geschlossen und notariell beglaubigt. Das Haushaltsgesetzes 2006/2007 (HG 06/07)³⁶ wurde am 8. Dezember 2005 beschlossen³⁷ und ist am 1. Januar 2006 in Kraft getreten. Zwischen dem Vertragsabschluss und dem Inkrafttreten des Haushaltsplans für das Haushaltsjahr 2006, in den eine Verpflichtungsermächtigung oder ggf. schon ein entsprechender Ausgabenansatz hätte aufgenommen werden können, lagen also rund drei Monate.

Zur Frage der Dringlichkeit hat der Senat ausgeführt, dass der städtebauliche Rahmenvertrag die Grundlage für die Neuordnung eines Areals von insgesamt 50 ha schaffe. Das Gesamtvorhaben weise eine Investitionssumme von deutlich über 1 Mrd. Euro auf; der Bereich Schwechtenpark spiele in diesem Zusammenhang nur eine untergeordnete Rolle. Die Finanzierung der auf einem Teilareal von 16 ha vorgesehenen öffentlichen Parkanlage solle im Übrigen aus den Ausgleichsabgaben erfolgen, die Investoren am Potsdamer und Leipziger Platz geleistet hätten.³⁸ „Die Realisierung wurde wiederholt von den Investoren am Potsdamer Platz und am Leipziger Platz eingefordert und eine mögliche Rückforderung der bereits 1994/95 treuhänderisch an die Stiftung Naturschutz gezahlten Mittel angekündigt.“³⁹ Die Eilbedürftigkeit der Maßnahme wird folglich mit möglichen Rückforderungsansprüchen der Investoren begründet, ohne dass diese allerdings hinsichtlich ihrer Verbindlichkeit und möglicher Fristabläufe näher konkretisiert werden. Außerdem wird das in Aussicht gestellte umfangreiche Investitionsvolumen erwähnt, womit vermutlich mittelbar auf die entsprechenden Impulse für die Wirtschaft und die Arbeitsplätze hingewiesen werden soll.

³⁵ BVerfGE 45, 1, 36.

³⁶ Vom 19. Dezember 2005 (GVBl. S. 774, 2006 S. 42).

³⁷ Plenarprotokoll 15/78, S. 6738 C.

³⁸ Rote Nummer 0071 F, S. 8 f.

³⁹ Rote Nummer 0071 F, S. 8.

Ob allerdings eine zeitliche Verzögerung von drei Monaten zu einer Beeinträchtigung schwerwiegender politischer, wirtschaftlicher oder sozialer Staatsinteressen im Sinne der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung geführt hätte, ist zumindest zweifelhaft. Dies gilt umso mehr angesichts des gesamten Zeithorizonts, in dem sich das Städtebauprojekt bewegte. Denn über das Projekt „Gleisdreieck“ wurde bereits seit 1994 verhandelt. Zudem waren die Vertragsverhandlungen mit der Vivico über die städtebauliche Neuordnung des Gleisdreiecks bereits im Januar 2005 abgeschlossen,⁴⁰ mit dem Vertragsschluss wurde indes noch bis zum September 2005 gewartet, obwohl die schriftliche Spendenzusage des Herrn Lacey vom 2. April 2005 datiert.⁴¹ Eine besondere Eilbedürftigkeit lässt sich angesichts dieser Zeitabläufe schwer nachvollziehen.

Nach alledem spricht viel dafür, dass die Senatsverwaltung der Finanzen nicht befugt gewesen wäre, eine außerplanmäßige Verpflichtungsermächtigung als Grundlage für den Abschluss des städtebaulichen Rahmenvertrag zu bewilligen. Denn aus den vorliegenden Unterlagen ergibt sich keine zwingende Notwendigkeit, den Vertrag noch vor der Verabschiedung des nächsten Haushaltsgesetzes zu schließen. Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass noch andere als die gegenüber dem Hauptausschuss geäußerten Erwägungen eine Rolle gespielt haben. Hierbei könnte es sich insbesondere um gegenüber den Investoren am Potsdamer und am Leipziger Platz eingegangene Rechtspflichten handeln. Insoweit fehlen jedoch nähere Angaben.

Lägen allerdings derartige zwingende Gründe vor, die für eine Unabweisbarkeit sprächen und mithin eine außerplanmäßige Verpflichtungsermächtigung rechtfertigen würden, so wäre im Prinzip noch zu erwägen, ob der besonderen Dringlichkeit durch ein Nachtragshaushaltsgesetz hätte Rechnung getragen werden können. Die in einem solchen Fall eigentlich vom Bundesverfassungsgericht geforderte Konsultation zwischen Finanzminister und Parlament darüber, ob ein Nachtrag noch in einem vertretbaren Zeitraum möglich wäre,⁴² hätte jedoch unterbleiben können. Denn nach § 38 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 37 Abs. 1 Satz 4 LHO kann von einem Nachtragshaushalt abgesehen werden, wenn die über- oder außerplanmäßige Verpflichtung

⁴⁰ Rote Nummer 0071, S. 2.

⁴¹ Rote Nummer 0071 F, S. 8.

⁴² BVerfGE 45, 1, 39.

tungsermächtigung im Einzelfall einen im jeweiligen Haushaltsgesetz festzusetzenden Betrag nicht übersteigt oder der Erfüllung rechtlicher Verpflichtungen dient. In § 10 Abs. 2 des Haushaltsgesetzes 2004/2005 (HG 04/05)⁴³ war diese Bagatellgrenze für Verpflichtungsermächtigungen auf 15 Mio Euro festgesetzt. Da der Kaufpreis für das Teilgrundstück des Schwechtenparks unter dieser Grenze lag, hätte es – die Unabweisbarkeit der Unterzeichnung des Rahmenvertrags unterstellt – eines Nachtragshaushalts bzw. einer Konsultation des Abgeordnetenhauses darüber folglich nicht bedurft. Von der Pflicht, das Vorliegen der Voraussetzungen des § 37 Abs. 1 Satz 2 LHO zu prüfen, befreit die Bagatellgrenze die Senatsverwaltung für Finanzen jedoch auch in diesem Falle nicht. Lediglich die rechtlichen Anforderungen an das Merkmal „Unabweisbar“ werden insoweit modifiziert, als die Möglichkeit eines Nachtragshaushalts nicht ausdrücklich zu prüfen ist.⁴⁴

c) § 37 Abs. 6 Satz 1 LHO

Denkbar wäre allenfalls noch, den Sachverhalt wegen der für den Grundstückskauf zugesagten Spende gemäß § 37 Abs. 6 Satz 1 LHO von vornherein nicht als außerplanmäßige Verpflichtungsermächtigung zu werten. Nach dieser Bestimmung sind höhere oder neue Ausgaben aus Bewilligungsmitteln oder aus zweckgebundenen Einnahmen keine über- oder außerplanmäßigen Ausgaben. Auf sie findet § 37 Abs. 1 LHO folglich keine Anwendung. Eine entsprechende Geltung dieser Ausnahmevorschrift für Verpflichtungsermächtigungen dürfte angesichts des eindeutigen Verweises in § 38 Abs. 1 Satz 2 LHO jedoch ausgeschlossen sein. Denn § 38 Abs. 1 Satz 2 LHO verweist nur auf § 37 Abs. 1, 4 und 7 LHO, nicht jedoch auf § 37 Abs. 6 LHO. Insoweit unterscheidet der Gesetzgeber also zwischen außerplanmäßigen Verpflichtungsermächtigungen einerseits und außerplanmäßigen Ausgaben andererseits. Dies erscheint im Hinblick auf den längeren Zeitraum, der bis zur Leistung der aus einer Verpflichtungsermächtigung resultierenden Ausgaben vergeht, auch gerechtfertigt, da das Risiko der Gegenfinanzierung mit zunehmendem Zeitablauf steigt.

⁴³ Vom 1. April 2004 (GVBl. S. 154).

⁴⁴ VerfGH Rheinland-Pfalz, NVwZ-RR 1998, S. 1, 4; LVerfG Sachsen-Anhalt (Fn. 32), Rn. 61; im Ergebnis ebenso *Jahndorf*, Das Notbewilligungsrecht des Bundesministers der Finanzen nach Art. 112 GG, DVBl 1998, S. 75, 78 f.; s. a. *Dorn* (Fn. 24), DÖV 1989, S. 707, 712.

d) Zwischenergebnis

Die dem Abgeordnetenhaus vorliegenden Unterlagen und Informationen lassen es höchst zweifelhaft erscheinen, dass die notwendige Einwilligung der Senatsverwaltung für Finanzen zum Abschluss des städtebaulichen Rahmenvertrags tatsächlich vorlag. Diese hätte im Übrigen – nach den vorliegenden Informationen – nicht erteilt werden dürfen, da es angesichts eines Zeitraums von nur drei Monaten bis zum Inkrafttreten des nächsten Haushaltsplans an dem Merkmal der Unabweisbarkeit fehlte, das Voraussetzung für die Zustimmung zu der entsprechenden außerplanmäßigen Verpflichtungsermächtigung gewesen wäre.

Sollten allerdings hier nicht bekannte Gründe für eine besondere Eilbedürftigkeit des Vertragsabschlusses sprechen, so wäre der Senat aufgrund der haushaltsgesetzlichen Bagatellgrenze für über- und außerplanmäßige Verpflichtungsermächtigungen in Höhe von 15 Mio Euro von der Vorlage eines Nachtragshaushaltsgesetzes befreit gewesen.

3. Artikel 88 Abs. 1 VvB

Durch den Abschluss des städtebaulichen Rahmenvertrags könnte auch gegen Art. 88 Abs. 1 VvB verstoßen worden sein. Nach dieser Regelung dürfen Haushaltsüberschreitungen nur mit Zustimmung des Senats im Falle eines unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedürfnisses vorgenommen werden. Anders als in der hiermit vergleichbaren bundesgesetzlichen Regelung des Art. 112 Abs. 1 GG spricht Art. 88 VvB nicht von über- und außerplanmäßigen Ausgaben, sondern verwendet den Begriff „Haushaltsüberschreitungen“. Fraglich ist, ob hierunter auch Verpflichtungsermächtigungen fallen.

Zunächst ist festzuhalten, dass die verfassungsrechtlichen Bestimmungen über das Finanzwesen in den Artikeln 85 ff. VvB den Begriff der Verpflichtungsermächtigung nicht kennen. Insbesondere in Art. 85 Abs. 1 VvB, der die Verabschiedung eines den Haushaltsplan umfassenden Haushaltsgesetzes vorsieht, ist jeweils nur von den im Haushaltsplan zu veranschlagenden Einnahmen und Ausgaben die Rede. Das Gleiche gilt für die Regelungen über den Haushaltsplan als Grundlage für das Verwaltungshandeln (Art. 86 Abs. 1), die vorläufige Haushaltsführung (Art. 89 Abs. 1)

und die Behandlung haushaltsrelevanter Vorlagen und Anträge im Abgeordnetenhaus (Art. 90).

Der Begriff der Haushaltsüberschreitung fand sich bereits in der Ursprungsfassung des Verfassung von Berlin vom 1. September 1950⁴⁵ und griff offenbar die Formulierung in der damals geltenden Parallelnorm des Art. 112 GG auf. In der ursprünglichen Fassung des Art. 112 GG bezog sich das Zustimmungserfordernis auf „Haushaltsüberschreitungen und außerplanmäßige Ausgaben“.⁴⁶ Der Begriff der Haushaltsüberschreitungen entsprach nach damaligem Verständnis den überplanmäßigen Ausgaben.⁴⁷ Auch in dem der Stadtverordnetenversammlung vorgelegten Verfassungsentwurf⁴⁸ war zunächst noch die Formulierung „Haushaltsüberschreitungen und außerplanmäßige Ausgaben“ vorgeschlagen worden, die jedoch im Verlauf der Beratungen zu „Haushaltsüberschreitungen“ zusammengefasst wurde mit dem Hinweis, auch bei außerplanmäßigen Ausgaben handele es sich letztlich um Haushaltsüberschreitungen.⁴⁹

Angesichts dieser historischen Entwicklung und des ursprünglichen Willens des Gesetzgebers sowie in Anbetracht des Gesetzeszusammenhangs ist davon auszugehen, dass Art. 88 VvB nur Ausgaben, nicht dagegen Verpflichtungsermächtigungen erfasst.⁵⁰ Durch den Abschluss des Rahmenvertrags, für den eine Verpflichtungser-

⁴⁵ VOBl. I S. 433.

⁴⁶ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1).

⁴⁷ Vgl. zur Geschichte die Darstellung bei *Gröpl*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 112 (Stand 2003) Rn. 3 ff.

⁴⁸ Beschlussempfehlung des Verfassungsausschusses vom 12. März 1948, Drs. 99/175, abgedruckt in *Reichhardt* (Hrsg.), Die Entstehung der Verfassung von Berlin, Eine Dokumentation, 1990, Bd. II, Dok 143, S. 1501.

⁴⁹ Vgl. insbes. Vorschlag des Magistrats zu Art. 75 („Über- und außerplanmäßige Ausgaben [Haushaltsüberschreitungen] dürfen nur ...), Drs. 106/762, abgedruckt in *Reichhardt* (Fn. 48), Dok. 152, S. 1813; dazu 54. Sitzung des Verfassungsausschusses, ebenda, Dok. 153, S. 1833.

⁵⁰ Andere Ansicht aber *Pfennig*, in: *Pfennig/Neumann* (Hrsg.), Verfassung von Berlin, 3. Aufl. 2000, Art. 88 Rn. 2, der auch Verpflichtungsermächtigungen unter „Haushaltsüberschreitungen“ subsumiert, und zwar unter Verweis auf *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. VI, Art. 112 (Stand 1982) Rn. 12; gegen eine Ausweitung des Ausgabenbegriffs auf Verpflichtungsermächtigungen *Piduch*, in: *Piduch* (Fn. 17), Art. 112 GG (Stand 1986) Rn. 19; *Heuer*, in: *Heuer* (Fn. 20), Art. 112 GG (Stand 1983) Rn. 2.

mächtigung erforderlich gewesen wäre, wurde also nicht gegen Art. 88 Abs. 1 VvB verstoßen.

4. Gremienvorbehalt

Schließlich ist zu prüfen, ob der Senat mit der Unterzeichnung des städtebaulichen Rahmenvertrags gegen einen Gremienvorbehalt verstoßen hat.

a) § 37 Abs. 4 LHO

Für die Bewilligung und Inanspruchnahme von Verpflichtungsermächtigungen sieht die Landeshaushaltsordnung einen besonderen Gremienvorbehalt nicht vor. Gemäß § 38 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 37 Abs. 4 LHO ist lediglich eine nachträgliche Genehmigung des Abgeordnetenhauses für über- und außerplanmäßige Verpflichtungsermächtigungen einzuholen.

b) § 64 Abs. 2 LHO

Von den in § 64 Abs. 2 Satz 1 LHO vorgesehenen Tatbeständen, die eine Einwilligung des Abgeordnetenhauses erfordern, könnte Nummer 1 Buchstabe a einschlägig sein. Danach bedarf der Erwerb von Grundstücken der Einwilligung des Abgeordnetenhauses, wenn der Kaufpreis 5 Mio Euro übersteigt. Es ist jedoch fraglich, ob der städtebauliche Rahmenvertrag ein Erwerbsvorgang in diesem Sinne ist. Denn der eigentliche rechtswirksame Erwerb des Grundstücks Schwechtenpark erfolgte erst später durch den Kaufvertrag vom 22. Dezember 2006.⁵¹ Dennoch bindet bereits der Rahmenvertrag das Land Berlin in einer Weise, die das spätere Mitwirkungsrecht des Abgeordnetenhauses an dem eigentlichen Kaufvertrag in seiner Substanz erheblich beschränkte. So waren in dem das Land Berlin verpflichtenden Rahmenvertrag sowohl die Pflicht, das Grundstück zu erwerben, als auch der Kaufpreis ebenso wie die Frist, innerhalb der der Kauf durchzuführen war, festgelegt. Da der Rahmenvertrag nicht unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Abgeordnetenhauses stand, war das Abgeordnetenhaus in seiner späteren Entscheidung über den eigentlichen Kaufvertrag somit nicht mehr frei angesichts drohender Schadenersatzforderungen der Vivico. Der Zweck des § 64 Abs. 2 LHO, dem Abgeordnetenhaus ein substantielles Mitwirkungsrecht einzuräumen, war damit faktisch ausgehebelt. Es spricht folglich viel dafür, dass die Voraussetzungen nach § 64 Abs. 2 Satz 1 LHO bereits bei Abschluss des Rahmenvertrags hätten vorliegen müssen.

Angesichts der Ausnahmeregelung des § 64 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 Buchstabe c LHO kann diese Frage allerdings offen bleiben. Denn nach dieser Vorschrift ist eine Einwilligung im Sinne des § 64 Abs. 2 Satz 1 LHO nicht erforderlich, wenn das Grundstück von herausragender städtebaulicher Bedeutung ist. Ob dies bezogen auf das

⁵¹ Ihm stimmte das Abgeordnetenhaus in seiner 6. Sitzung am 1. Februar 2007 zu.

einzelne hier in Rede stehende Grundstück der Fall ist, mag zwar fraglich sein, hinsichtlich des gesamten Areals ist die herausragende städtebauliche Bedeutung aber zweifellos gegeben. Denn durch den Rahmenvertrag wurde die Entwicklung der gesamten Fläche des Gleisdreiecks geregelt, und zwar unter Berücksichtigung zahlreicher anderer Grundstücke, von denen einige ebenfalls in das Eigentum des Landes Berlin übergehen.⁵² Für die Annahme einer herausragenden städtebaulichen Bedeutung spricht auch der Umstand, dass der Rahmenvertrag federführend von der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung bearbeitet und (neben Vertretern der Senatsverwaltung für Finanzen und des Liegenschaftsfonds) unterzeichnet wurde. Dies entspricht der Zuständigkeitsregelung des § 28 des Gesetzes zur Ausführung des Baugesetzbuchs (AGBauGB)⁵³, der den Abschluss städtebaulicher Verträge nach § 11 BauGB der für das Bauwesen zuständigen Senatsverwaltung zuweist, soweit die Verträge Belange von außergewöhnlicher stadtpolitischer Bedeutung betreffen. Der Senat ging folglich ebenfalls von einer solchen besonderen Bedeutung des Projekts aus.

Nach alledem bedurfte es für den Abschluss des städtebaulichen Rahmenvertrags keiner Einwilligung des Abgeordnetenhauses auf der Grundlage des § 64 Abs. 2 LHO

c) Auflagenbeschluss

Ein außergesetzlicher Gremienvorbehalt könnte sich aus Nummer 2 der Auflagenbeschlüsse 2004/2005⁵⁴ ergeben. Satz 1 dieses Auflagenbeschlusses lautete:

Der Senat und die Bezirke werden ersucht, bei über- oder außerplanmäßigen Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen sowie bei Einnahmeverzichten in grundsätzlichen (d. h. auch bei neuen Baumaßnahmen) oder finanziell bedeutsamen Fällen vorab das Einvernehmen mit dem Hauptausschuss herbeizuführen.

⁵² Vgl. dazu rote Nummer 3048, S. 6 f.

⁵³ In der Fassung vom 7. November 1999 (GVBl. S. 578), zuletzt geändert durch Gesetz vom 3. November 2005 (GVBl. S. 692).

⁵⁴ Drs. 15/2551 (Beschlussempfehlung des Hauptausschusses zur Vorlage – zur Beschlussfassung – Haushaltsgesetz 2004/2005), Teil II, S. 2.

Der Senat wird folglich u. a. aufgefordert, bei über- und außerplanmäßigen Verpflichtungsermächtigungen, die finanziell bedeutsam sind, vorab das Einvernehmen mit dem Hauptausschuss herbeizuführen. Einvernehmen bedeutet entsprechend dem allgemeinen Rechtsverständnis, dass das Einverständnis einer anderen Stelle vor einem Gesetzes- oder Verwaltungsakt herbeigeführt werden muss.⁵⁵ Vor Unterzeichnung des Rahmenvertrags hätte folglich die Zustimmung des Hauptausschusses eingeholt werden müssen. Umstritten ist, ob der Hauptausschuss durch die „Kenntnisnahme“ oder auch „zustimmende Kenntnisnahme“ des ihm vorgelegten „Berichts zum städtebaulichen Rahmenvertrag zur Entwicklung des Gleisdreiecks im Bezirk Friedrichshain-Kreuzberg mit Zusatzvereinbarung“⁵⁶ ein solches nach dem zitierten Auflagenbeschluss erforderliches Einverständnis erklärt hat. Dagegen spricht vor allem, dass in dem Bericht zum Rahmenvertrag mit keinem Wort die Notwendigkeit einer außerplanmäßigen Verpflichtungsermächtigung erwähnt wird. Im Gegenteil wird immer wieder betont, dass das gesamte Projekt auf dem Areal des Gleisdreiecks haushaltsneutral abgewickelt werde. Auch auf die besonderen Anforderungen eines unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedürfnisses wird nicht eingegangen. Dies ist im Übrigen konsequent, da der Senat selbst eine außerplanmäßige Verpflichtungsermächtigung offenbar für nicht erforderlich gehalten hatte. Angesichts dieser Konstellation erscheint es unredlich, wenn der Senat nunmehr nachträglich die vom Hauptausschuss möglicherweise erteilte Zustimmung zu dem Bericht als Zustimmung zu einer außerplanmäßigen Verpflichtungsermächtigung wertet, zumal in dem Bericht die beschränkte Werthaltigkeit der schriftlichen Spendenzusage nicht offengelegt wurde.

Es bleibt somit festzuhalten, dass die Kenntnisnahme des Berichts über den städtebaulichen Rahmenvertrag durch den Hauptausschuss, sei sie zustimmend oder nicht, in keinem Falle als Zustimmung zu einer außerplanmäßigen Verpflichtungsermächtigung umgedeutet werden kann.

Konsequenzen hat das fehlende Einverständnis des Hauptausschusses jedoch nicht. Denn bei den Auflagenbeschlüssen des Abgeordnetenhauses handelt es sich

⁵⁵ Creifelds, Rechtswörterbuch, 18. Aufl. 2004, Stichwort „Einverständnis“.

⁵⁶ Rote Nummer 3048.

um schlichte Parlamentsbeschlüsse, die für den Senat nicht bindend sind.⁵⁷ Dementsprechend kann eine fehlende Zustimmung des Hauptausschusses weder die Wirksamkeit des Vertragsabschlusses tangieren noch rechtliche Folgen für Senatsmitglieder oder andere Vertreter der Senatsverwaltungen auslösen.

II. Haushaltsrechtliche Befugnis zum Abschluss des Kaufvertrags

1. § 37 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 LHO

Da für den Erwerb der Teilfläche des Schwechtenparks in den Haushaltsplänen 2006 und 2007 keine Ausgaben veranschlagt waren,⁵⁸ bedurfte es auch insoweit einer Einwilligung der Senatsverwaltung für Finanzen zur Leistung außerplanmäßiger Ausgaben. Diese musste nicht erst bei Leistung des Kaufpreises vorliegen, sondern war gemäß § 37 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 LHO bereits für den Vertragsabschluss erforderlich. Denn durch ihn wurden entsprechend § 37 Abs. 2 LHO Verpflichtungen Berlins begründet, die zu Ausgaben im Haushaltsplan führen würden.

Entsprechend dem Bericht des Senats an den Hauptausschuss vom 5. Dezember 2006, beabsichtigte die Senatsverwaltung für Finanzen, außerplanmäßige Ausgaben bis zur Höhe von 5,5 Mio Euro für den Erwerb des Grundstücks zuzulassen.⁵⁹ Es ist davon auszugehen, dass sie diese Einwilligung auch tatsächlich erteilt hat, nachdem der Hauptausschuss den Bericht zustimmend zur Kenntnis genommen hatte.⁶⁰

Die Einwilligung durfte die Senatsverwaltung für Finanzen wiederum nur erteilen, wenn die Merkmale „unvorhergesehen“ und „unabweisbar“ vorlagen.

a) Unvorhergesehen

Das Haushaltsgesetzes 2006/2007 wurde am 8. Dezember 2005 beschlossen.⁶¹ Bis zu diesem Zeitpunkt hätten neue Entwicklungen und Änderungen, die sich nach

⁵⁷ Vgl. hierzu etwa *Achterberg*, Parlamentsrecht, 1984, S. 738 bis 747; *Klein*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2005, § 50 Rn. 14, S. 720.

⁵⁸ Rote Nummer 0071, S. 1.

⁵⁹ Rote Nummer 0071, S. 2, Nr. 1 „Beschlussvorschlag“.

⁶⁰ Beschlussprotokoll Haupt 16/4, S. 12.

⁶¹ Plenarprotokoll 15/78, S. 6738 C.

Aufstellung des Haushaltsplans ergaben, noch berücksichtigt werden können. Dies betraf etwa die Tatsache, dass der Rahmenvertrag am 27. September 2005 geschlossen wurde mit der Verpflichtung, bis Ende 2006 einen Kaufpreis von 5 Mio Euro zu leisten. Auch der Umstand, dass der potenzielle Spender Lacey seine Zusagen bislang nicht eingehalten hatte und dubiose Alternativvorschläge machte, hätte noch berücksichtigt werden können.

Wie oben bereits ausgeführt wurde, kommt es jedoch für die Frage, ob ein Bedürfnis unvorhergesehen ist, nicht darauf an, dass es objektiv unvorhersehbar war. Selbst wenn es – jedenfalls bei sorgfältiger Prüfung – hätte erkannt werden können, bleibt das Bedürfnis subjektiv unvorhergesehen.⁶² Dies formuliert das Bundesverfassungsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung zum Notbewilligungsrecht des Finanzministers wie folgt:

*Unvorhergesehen ist nicht nur ein objektiv unvorhersehbares Bedürfnis, sondern jedes Bedürfnis, das tatsächlich, gleich aus welchen Gründen, vom Bundesminister der Finanzen oder der Bundesregierung bei der Aufstellung des Haushaltsplans oder vom Gesetzgeber bei dessen Beratung und Feststellung nicht vorhergesehen wurde oder dessen gesteigerte Dringlichkeit, die es durch Veränderung der Sachlage inzwischen gewonnen hat, nicht vorhergesehen worden ist.*⁶³

Zwar ist Näheres über die senatsinternen Vorgänge im Zusammenhang mit der Haushaltsaufstellung und -beratung nicht bekannt, doch sprechen die vorliegenden Unterlagen dafür, dass eine Veranschlagung von Ausgaben in Höhe des Kaufpreises bis zur Beschlussfassung über das Haushaltsgesetz 2006/2007 von der zuständigen Senatsverwaltung nicht geltend wurde, da bis zum Herbst 2006 auf den Eingang der zweckgebundenen Spende vertraut⁶⁴ und – losgelöst von der haushaltsrechtlichen Zulässigkeit – so lange davon ausgegangen wurde, dass Ausgaben, die aus zweckgebundenen Einnahmen geleistet werden, im Haushaltsplan nicht zu veranschlagen seien.

⁶² S. a. Heuer (Fn. 50), Art 112 GG, Rn. 4.

⁶³ BVerfGE 45, 1, 35.

⁶⁴ Rote Nummer 0071 E, S. 2 unten.

Es ist folglich davon auszugehen, dass die Ausgaben für den Erwerb des fraglichen Grundstücks unvorhergesehen waren.

b) Unabweisbar

Da der städtebauliche Rahmenvertrag nach Angaben des Senats eine zwingende Frist enthielt, bis zu der der Kaufpreis für das Teilgrundstück des Schwechtenparks zu leisten war,⁶⁵ kam ein Hinausschieben der Ausgabe bis zum Inkrafttreten des nächsten Haushaltsplans Anfang 2008, nicht in Betracht, wollte sich das Land Berlin nicht schadenersatzpflichtig machen. Die Verabschiedung eines Nachtragshaushaltsgesetzes hätte – jedenfalls bei zügiger Aufstellung unmittelbar nach der endgültigen Absage des Herrn Lacey im Herbst 2006 – vermutlich noch rechtzeitig erfolgen können. Allerdings war der Senat aufgrund des Ausnahmetatbestands des § 37 Abs. 1 Satz 4 LHO von der Aufstellung eines Nachtragshaushalts befreit, da die außerplanmäßige Ausgabe der Erfüllung rechtlicher Verpflichtungen diene.

Dementsprechend war die Senatsverwaltung für Finanzen haushaltsrechtlich befugt, ihre Einwilligung in die für die Leistung des Kaufpreises notwendigen außerplanmäßigen Ausgaben zu geben. Hiervon unberührt bleibt die Frage, ob der Senat bei Aufstellung des Haushaltsgesetzes 2006/2007 gegen das Gebot der Vollständigkeit (Art. 85 Abs. 1 VvB) verstoßen hat, indem er es – bewusst oder unbewusst – unterlassen hat, trotz der durch den Rahmenvertrag begründeten Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises entsprechende Ausgaben im Haushaltsplan 2006 zu veranschlagen. Selbst wenn man dies bejahte, ließen sich daraus jedoch für die Frage, ob der Senat gemäß § 37 Abs. 1 LHO ein Nachtragshaushaltsgesetz vorzulegen hatte, keine Schlüsse ziehen.

2. Artikel 88 Abs. 1 VvB

Haushaltsüberschreitungen, d. h. die Inanspruchnahme über- oder außerplanmäßiger Ausgaben bedürfen gemäß Art. 88 Abs. 1 VvB der Zustimmung des Senats. Voraussetzung ist auch hier, dass die Maßnahme, für die Ausgaben benötigt werden unvorhergesehen und unabweisbar ist. Wie eben dargelegt, bestand ein unvorhergesehenes und unabweisbares Bedürfnis, den Kaufvertrag abzuschließen, so dass die Voraussetzungen des Art. 88 Abs. 1 VvB ebenfalls bejaht werden können. Von einer Zustimmung des Senats wird mangels genauer Kenntnisse ausgegangen werden können.

⁶⁵ A.a.O (Fn. 18).

III. Konsequenzen für die am Abschluss der Verträge beteiligten Mitglieder des Senats

Zu prüfen ist, inwieweit Senatsmitglieder für Verstöße gegen Haushaltsrecht persönlich zur Rechenschaft gezogen werden können und wie der vorliegende Fall konkret zu beurteilen ist. Fraglich ist zum einen die strafrechtliche Verantwortung, zum anderen sind mögliche Regressansprüche zu prüfen.

1. Strafrechtliche Verantwortung

Die Rechtsprechung hat in einer Reihe von Entscheidungen die Möglichkeit bejaht, dass ein Verstoß gegen haushaltsrechtliche Vorschriften eine Straftat gemäß § 266 des Strafgesetzbuches (StGB)⁶⁶ darstellen kann.⁶⁷ Untreue im Sinne dieser Vorschrift ist – verkürzt gesagt – die vorsätzliche Verletzung der Pflicht zur Betreuung fremder Vermögensinteressen durch den Missbrauch einer nach außen wirkenden Vertretungsmacht oder durch Verletzung einer Treuepflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen. Strafbar ist die Tathandlung nur, wenn durch sie dem Vermögensinhaber bzw. dem Treugeber ein Vermögensnachteil zugefügt wird.

Zu der Frage, in welchen Fällen der öffentlichen Hand ein Vermögensnachteil beigebracht wird, ist die Rechtsprechung infolge der Vielzahl divergierender Sachverhalte höchst differenziert und einzelfallbezogen.⁶⁸ Eine einheitliche Linie ist innerhalb dieser Kasuistik nur schwer zu ermitteln. Ein Vermögensnachteil wurde in der Vergangenheit insbesondere dann angenommen, wenn ein Vergleich der Vermögenslage einer Körperschaft vor und nach der Untreuehandlung ergibt, dass der endgültige Vermögensstand hinter dem ursprünglichen zurückbleibt.⁶⁹ Dementsprechend wurde ein Vermögensnachteil verneint, wenn die Untreuehand-

⁶⁶ In der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), zuletzt geändert durch Artikel 2 Abs. 21 des Gesetzes vom 19. Februar 2007 (BGBl. I S. 122).

⁶⁷ Vgl. u. a. BGH wistra 1985, S. 69; NStZ 1986, S. 455; BGHSt 40, 287; 43, 293; BGH NJW 2001, S. 2411; NJW 2003, S. 2179; KG, Beschluss vom 2. Juni 2005 – 3 Ws 27/05 – („Tempodrom“) zitiert nach beck-online; siehe dazu im Übrigen die Darstellung im Gutachten des WPD im Auftrag der Fraktion der CDU vom 10. Dezember 2004.

⁶⁸ Vgl. u. a. den Überblick bei Rübenstahl/Wasserburg, „Haushaltsuntreue“ bei Gewährung von Subventionen, NStZ 2004, S. 521, 522 ff.

⁶⁹ BGH NJW 1975, S. 1234, 1235; NStZ 1986, S. 455, 456.

lung unmittelbar eine Vermögensmehrung mitbewirkte, die den Nachteil ausglich.⁷⁰ Ferner wurde festgestellt, dass reine Verstöße gegen Haushaltsrecht für sich genommen noch keinen Schaden begründen. Denn es gebe eben keinen eigenen Tatbestand der „Haushaltsuntreue“, der allein die Pflichtwidrigkeit haushaltswidriger Verfügungen unter Strafe stelle.⁷¹

In einer anderen Entscheidung des BGH stand die Dispositionsfreiheit des Haushaltsgesetzgebers im Vordergrund. Hiernach galt bereits die vorschriftswidrige Begründung einer Verpflichtung oder die Ausgabe für eine nicht zwingende Anschaffung, bei der der Titelverwaltung anstelle der zuständigen Institution sein Ermessen ausübte, als vermögensschädigend, obwohl der Leistung der öffentlichen Hand eine wirtschaftlich gleichwertige Gegenleistung gegenüber stand.⁷² Schließlich hat der BGH in einer weiteren grundlegenden Entscheidung⁷³ die Möglichkeit des Vermögensnachteils durch einen zweckwidrigen Einsatz öffentlicher Mittel dem Grunde nach bejaht, wenn die zweckgebundenen Mittel ohne Zweckerreichung verringert würden. Entspreche allerdings der Mittelaufwand grundsätzlich haushaltsrechtlich vorgegebenen Zwecken und sei die erzielte Gegenleistung gleichwertig, so sei eine Haushaltsüberschreitung nicht ohne Weiteres als Untreue zu klassifizieren. Haushaltsuntreue komme aber in Betracht, wenn durch die Haushaltsüberziehung eine wirtschaftlich gewichtige Kreditaufnahme erforderlich, die Dispositionsfreiheit des Haushaltsgesetzgebers in schwerwiegender Weise beeinträchtigt und er durch den Mittelaufwand insbesondere in seiner politischen Gestaltungsfreiheit beschnitten werde.⁷⁴

Angesichts dieser wenig einheitlichen und stark auf den jeweiligen Einzelfall bezogenen Rechtsprechung lässt sich für den konkret vorliegenden Fall nicht mit Sicherheit feststellen, ob der Abschluss des städtebaulichen Rahmenvertrags ohne die hierfür notwendige außerplanmäßige Verpflichtungsermächtigung einen Vermögensnachteil für das Land Berlin bewirkt hat. Denn den dadurch entstandenen Zahlungspflichten und schließlich getätigten Ausgaben stand ein Vermögenszuwachs in

⁷⁰ BGHSt 43, 293, 297; BGH NStZ 1986, S. 455, 456.

⁷¹ BGHSt 40, 287, 294; 43, 293, 297.

⁷² BGH NStZ 1984, S. 549 f.

⁷³ BGHSt 43, 293 ff.

⁷⁴ BGHSt 43, 293, 297 ff.; aus der Entscheidung wird nicht eindeutig klar, ob die genannten Kriterien tatsächlich kumulativ vorliegen müssen.

gleicher Höhe in Gestalt des erworbenen Grundstücks gegenüber. Zudem war die Finanzierung aus vorhandenen Ausgabebetiteln möglich und mithin eine Kreditaufnahme nicht erforderlich.⁷⁵ Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Erwerb des Grundstückes selbst offenbar von der Mehrheit des Abgeordnetenhauses getragen und letztlich auch gebilligt wurde.

Eine mögliche Strafbarkeit des Verhaltens von Senatsmitgliedern lässt sich schließlich auch deshalb nicht ohne Weiteres beurteilen, weil ohne eine genaue Aufklärung des Sachverhalts weder der Umfang der Beteiligung einzelner Senatsmitglieder an der potenziellen Untreuehandlung noch die subjektive Seite ihres Handelns (erforderlich ist vorsätzliches Handeln) bewertet werden kann.

2. Schadenersatzansprüche

a) Zivilrechtlicher Anspruch

Grundsätzlich kommt eine Schadenersatzpflicht gemäß § 823 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB)⁷⁶ in Betracht, wonach derjenige, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt, dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet ist. § 266 StGB schützt das Vermögen vor durch Untreue- oder Missbrauchshandlungen entstehenden Vermögensnachteilen und ist daher von der Rechtsprechung als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anerkannt.⁷⁷

Ob ein Mitglied des Senats schadenersatzpflichtig ist, hängt folglich von der strafrechtlichen Beurteilung eines Sachverhalts ab sowie ferner von der Frage, ob und ggf. wem überhaupt ein Schaden entstanden ist.

b) Öffentlich-rechtlicher Anspruch

⁷⁵ Rote Nummer 0071, S. 3 f.

⁷⁶ In der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909, I 2003, S. 738), zuletzt geändert durch Artikel 2 Abs. 16 des Gesetzes vom 19. Februar 2007 (BGBl. I S. 122).

⁷⁷ Vgl. BGHZ 8, 276; 100, 190; BGH, NJW 1999, S. 2817.

Als Grundlage für einen öffentlich-rechtlichen Schadenersatzanspruch gegenüber einem Senatsmitglied käme Art. 91 VvB in Betracht. Danach haften u. a. die Mitglieder des Senats, wenn sie schuldhaft gegen die Bestimmungen der Verfassung über das Finanzwesen (Art. 85 bis 95 VvB) verstoßen haben, für den daraus entstandenen Schaden. Auf diese besondere Verantwortlichkeit der Senatmitglieder verweist auch § 10 des Senatorengesetzes (SenG)⁷⁸. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Regelung muss es sich um einen Verstoß gegen die maßgeblichen Verfassungsbestimmungen handeln; ein Verstoß gegen einfaches Recht, insbesondere gegen die Bestimmungen der Landeshaushaltsordnung, begründet also keinen Schadenersatzanspruch. Ferner muss es sich um einen schuldhaften Verstoß handeln, d. h. es muss vorsätzliches und grob fahrlässiges Handeln vorliegen. Schließlich verlangt Art. 91 VvB einen durch den Verstoß bedingten Schaden.⁷⁹

Bezogen auf die hier vorliegende Konstellation dürfte eine Schadenersatzpflicht bereits daran scheitern, dass durch die Unterzeichnung des städtebaulichen Rahmenvertrags zwar gegen die Landeshaushaltsordnung verstoßen wurde, nicht aber gegen Art. 88 VvB, da nach hiesiger Einschätzung Art. 88 VvB allein für über- oder außerplanmäßige Ausgaben gilt, nicht dagegen für die Inanspruchnahme entsprechender Verpflichtungsermächtigungen. Eine Haftung dürfte aber auch deshalb ausscheiden, weil ein durch das Verhalten verursachter Schaden nicht ohne Weiteres erkennbar ist angesichts des Umstandes, dass das in Rede stehende Grundstück zum Marktwert erworben wurde. Außerdem ist nicht auszuschließen, dass ein rechtmäßiges Verhalten zu dem gleichen Ergebnis, nämlich dem – späteren – Abschluss des Rahmenvertrags zu den gleichen Bedingungen, geführt hätte, so dass auch aus diesem Grund das Bestehen eines kausalen Schadens höchst zweifelhaft ist. Schließlich muss wieder die Frage nach einem schuldhaften Handeln einzelner Senatsmitglieder offen bleiben, da hierzu die erforderlichen Kenntnisse über den Sachverhalt nicht ausreichen.

⁷⁸ In der Fassung vom 6. Januar 2000 (GVBl. S. 221), zuletzt geändert durch Artikel I des Gesetzes vom 6. Juli 2006 (GVBl. S. 711).

⁷⁹ Vgl. zu den einzelnen Kriterien *Pfennig* (Fn. 50), Art. 91 Rn. 4; *Korbmacher*, in: Driehaus (Hrsg.), Verfassung von Berlin, Taschenkommentar, 2. Aufl. 2005, Art. 91 Rn. 2.

D. Ergebnis

Die von der Fraktion der CDU in ihrem Gutachtenauftrag gestellten Fragen lassen sich zusammengefasst wie folgt beantworten:

1. Der Senat war – die Vollständigkeit der dem Hauptausschuss zur Verfügung gestellten Informationen und Unterlagen unterstellt – haushaltsrechtlich nicht befugt, im Jahr 2005 den städtebaulichen Rahmenvertrag mit der Vivico zu schließen. Insoweit fehlte es an einer entsprechenden Verpflichtungsermächtigung. Eine solche Verpflichtungsermächtigung war weder im Haushaltsplan 2005 veranschlagt noch lagen die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme einer außerplanmäßigen Verpflichtungsermächtigung im Sinne des § 38 Abs. 1 in Verbindung mit § 37 Abs. 1 LHO vor.

Zwar war das Bedürfnis, den Rahmenvertrag unter Einschluss des Areals Schwechtenpark zu schließen, bis zur Beschlussfassung über den Doppelhaushalt 2004/2005 im März 2004 nicht absehbar, jedoch fehlte es an der Unabweisbarkeit dieser Maßnahme. Denn angesichts eines Zeitraums von nur drei Monaten zwischen der Unterzeichnung des Rahmenvertrags im September 2005 und dem Inkrafttreten des Doppelhaushalts 2006/2007 einerseits und den immerhin seit 1994 laufenden und schon Anfang 2005 abgeschlossenen Verhandlungen über das städtebauliche Projekt am Gleisdreieck andererseits war eine besondere Eilbedürftigkeit des Vertragsschlusses nicht erkennbar.

Eine Verpflichtungsermächtigung war auch nicht unter Verweis auf die in Aussicht gestellte zweckgebundene Spende entbehrlich, da eine Verrechnung von regulären oder außerplanmäßigen Verpflichtungsermächtigungen mit zweckgebundenen Einnahmen haushaltsrechtlich unzulässig ist. Auf die zudem bestehenden Zweifel an der rechtlichen Durchsetzbarkeit der Spendenzusage des Herrn Lacey kommt es daher nicht an.

Sollten allerdings hier nicht bekannte Gründe für eine besondere Eilbedürftigkeit des Vertragsschlusses vorliegen, wäre der Senat aufgrund der haushaltsgesetzlichen Bagatellgrenze für über- und außerplanmäßige Verpflichtungsermächtigung

gungen in Höhe von 15 Mio Euro von der Vorlage eines Nachtragshaushaltsgesetzes befreit gewesen.

2. Der Gremienvorbehalt, unter dem der städtebauliche Rahmenvertrag stand, ist nicht erfüllt worden. Zwar bedurfte es keiner Einwilligung des Abgeordnetenhauses auf der Grundlage des § 64 Abs. 2 LHO, jedoch fehlte es entgegen der Nummer 2 der sog. Auflagenbeschlüsse des Abgeordnetenhauses an der Zustimmung des Hauptausschusses. Denn die Kenntnisnahme des Berichts über den städtebaulichen Rahmenvertrag (rote Nummer 3048) durch den Hauptausschuss, sei sie zustimmend oder nicht, lässt sich nicht in eine Zustimmung zur Bewilligung einer außerplanmäßigen Verpflichtungsermächtigung umdeuten.

Konsequenzen hat das fehlende Einverständnis des Hauptausschusses jedoch nicht, da es sich bei den Auflagenbeschlüssen des Abgeordnetenhauses um schlichte Parlamentsbeschlüsse handelt, die für den Senat nicht bindend sind.

3. Die finanzverfassungs- und haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für den Abschluss des Kaufvertrags im Dezember 2006 lagen vor, da die hierdurch bedingten außerplanmäßigen Ausgaben sowohl unvorhergesehen als auch unabweisbar waren. Eines Nachtrags bedurfte es insoweit nicht, da der Vertragsschluss auf einer rechtlichen Verpflichtung beruhte, für die die Ausnahmeregelung des § 37 Abs. 1 Satz 4 LHO einschlägig ist.

Hiervon unberührt bleibt die Frage, ob der Senat bei Aufstellung des Haushaltsgesetzes 2006/2007 gegen das Gebot der Vollständigkeit (Art. 85 Abs. 1 VvB) verstoßen hat, indem er es – bewusst oder unbewusst – unterlassen hat, trotz der durch den Rahmenvertrag begründeten Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises entsprechende Ausgaben zu veranschlagen.

4. Sowohl die Einwilligung der Senatsverwaltung aufgrund des § 37 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 LHO als auch die Einwilligung des Senats gemäß Art. 88 Abs. 1 VvB in den Abschluss des Kaufvertrags und die daraus folgenden außerplanmäßigen Ausgaben im Haushaltsjahr 2006 sind mit den Regelungen der Finanzverfassung ebenso wie mit dem Haushaltsrecht im Einklang. Ihre Wirksamkeit steht folglich außer Frage.

5. Verstößt ein Senatsmitglied gegen haushaltsrechtliche Vorschriften oder gegen Bestimmungen der Verfassung über das Finanzwesen, so kann dadurch der Tatbestand der Untreue (§ 266 StGB) erfüllt sein. Dies setzt einen durch die Tathandlung verursachten Vermögensnachteil sowie vorsätzliches Handeln voraus.

Angesichts der wenig einheitlichen und stark auf den jeweiligen Einzelfall bezogenen Rechtsprechung lässt sich für den in Rede stehenden Fall nicht mit Sicherheit feststellen, ob der Abschluss des städtebaulichen Rahmenvertrags ohne die hierfür notwendige außerplanmäßige Verpflichtungsermächtigung einen Vermögensnachteil für das Land Berlin bewirkt hat. Zudem kann die Frage nach der Beteiligung einzelner Senatsmitglieder an der Tathandlung und dem für die Strafbarkeit notwendigen Vorsatz ohne genauere Kenntnis des Sachverhalts nicht beantwortet werden.

Ein Schadenersatzanspruch gegenüber einem Senatsmitglied wegen Verletzung von Vorschriften der Verfassung über das Finanzwesen kann insbesondere auf Grundlage des Art. 91 VvB bestehen. In dem zu prüfenden Fall liegen die Voraussetzungen jedoch nicht vor.

Schmidt