

# Die Rückkehr des Öffentlichen in die öffentlichen Unternehmen

## Neuere Urteile zur Transparenz kommunaler Gesellschaften

*Demokratie; Geheimnis; Öffentlichkeit; Transparenz; Verschwiegenheitspflicht; vertrauliche Angaben; Verwaltungsgesellschaftsrecht; Vorrang des Gesellschaftsrechts*

*Der Rückgriff der öffentlichen Hand auf privatrechtliche Gesellschaftsformen wirft immer auch die Frage nach dem Verhältnis der Regeln des öffentlichen Rechts zu denen des Gesellschaftsrechts auf. Der Beitrag befasst sich mit drei jüngeren Gerichtsentscheidungen des Bundesgerichtshofs, des Landgerichts Freiburg und des Verwaltungsgerichts Regensburg, die sich dem bislang eher unterbelichteten Aspekt der Transparenz kommunaler Unternehmen gegenüber der Öffentlichkeit widmen und darüber hinaus auch die Möglichkeit einer Neuorientierung der Rechtsprechung in der grundlegenden Frage des Verhältnisses von öffentlichem Recht und Gesellschaftsrecht andeuten.*

### I. Das Spannungsverhältnis zwischen Gesellschaftsrecht und öffentlichem Recht

Die Erfüllung kommunaler Aufgaben in der Form privatrechtlicher Gesellschaften bewegt sich auf zwei Rechtsgebieten, die ganz unterschiedliche Zwecke und Grundlinien verfolgen und deshalb in einem erheblichen Spannungsverhältnis zueinander stehen: Einerseits das Recht der Kapitalgesellschaften, das auf die Erfüllung des frei bestimmbaren Unternehmenszwecks<sup>1</sup> gerichtet ist und daher die Gesellschafter und Organe v.a. auf die Interessen des Unternehmens verpflichtet, und andererseits das öffentliche Recht, insbesondere das Kommunalrecht, das sich am Zweck demokratischer Verfassung örtlicher Gemeinschaften, an demokratischer Legitimation und an der Verwirklichung von demokratisch definierten öffentlichen Interessen ausrichtet und zur Umsetzung Transparenz-, Beteiligungs- und Verantwortungsregeln für das kommunale Handeln aufstellt. Während das Gesellschaftsrecht Autonomie und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft erhalten will, zielt das Kommunalrecht auf die Transparenz und die Steuerbarkeit kommunalen Handelns.

In Schrifttum und Praxis standen bislang v.a. zwei Konflikte im Mittelpunkt: Zum einen die Frage, ob kommunale Aufsichtsratsvertreter an Weisungen der entsendenden Kommune gebunden sind, zum anderen das Problem, ob ihre gesellschaftsrechtliche Ver-

1 Vgl. hierzu Strobel (2002), S. 56 ff.

schwiegenheitspflicht zugunsten einer Auskunftspflicht gegenüber den entsendenden Körperschaften einzuschränken ist.<sup>2</sup> Beide Fragestellungen sind symptomatisch für den Grundkonflikt zwischen dem kommunalen Anspruch auf Steuerung der eigenen Unternehmen, der letztlich aus dem Demokratiegebot hergeleitet wird,<sup>3</sup> und dem Grundsatz der Selbständigkeit privatrechtlich verfasster Gesellschaften. Letztlich geht es dabei um die Frage, wie eine Legitimationskette zwischen den demokratisch gewählten Repräsentanten der Gebietskörperschaft und dem Handeln der kommunalen Unternehmen gewährleistet werden kann.

Die Frage nach dem Verhältnis zwischen den Regelungen des Kommunalrechts und denen des Gesellschaftsrechts wurde für diese Konfliktfälle von der herrschenden Meinung und Rechtsprechung bislang im Sinne eines Vorrangs des Gesellschaftsrechts beantwortet. Danach verdrängen die gesellschaftsrechtlichen Regelungen im Konfliktfall stets die in den Kommunalgesetzen enthaltenen Regelungen. Die Rechtsprechung lehnte entsprechend dieser Ansicht eine Weisungsbefugnis der entsendenden Körperschaft für kommunale Aufsichtsratsmitglieder einer AG ab.<sup>4</sup> Die Frage einer Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht kommunaler Aufsichtsratsmitglieder wurde, soweit ersichtlich, bislang jedenfalls obergerichtlich nicht entschieden.<sup>5</sup> Überwiegend wird jedoch davon ausgegangen, dass der Vorrang des Gesellschaftsrechts auch zu einem Vorrang der gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten vor öffentlich-rechtlichen Offenbarungs- und Berichtspflichten führt. Das gesellschaftsrechtlich Zulässige soll auch für kommunale Aufsichtsratsvertreter die Grenze für die Ausübung ihrer Berichtspflichten sein.<sup>6</sup>

Die Gegenansicht vertritt einen generellen Vorrang öffentlich-rechtlicher Bindungen vor dem Gesellschaftsrecht bzw. eine verfassungsrechtlich zwingende Modifikation des Gesellschaftsrechts durch das öffentliche Recht. Diese Position mündete in die Forderung nach Anerkennung eines „Verwaltungsgesellschaftsrechts“<sup>7</sup> – ein Ansatz, der sich begrifflich und inhaltlich an die Lehre vom Verwaltungsprivatrecht anlehnt. Während das Verwaltungsprivatrecht vorrangig der Gewährleistung der Grundrechtsbindung sowie der Bindung an die grundlegenden Prinzipien öffentlichen Finanzgebahrens auch bei privatrechtlichem Handeln der öffentlichen Hand dient,<sup>8</sup> verfolgen die Verfechter des Verwaltungsgesellschaftsrechts in der bisherigen Debatte v.a. das Ziel, das Prinzip der demokratischen Verantwortlichkeit und die Verfolgung des öffentlichen Zwecks bei der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden in Privatrechtsform sicherzustellen.<sup>9</sup> Daher gehen die Vertreter dieser Ansicht sowohl von Berichtspflichten kommunaler Aufsichtsratsvertreter gegenüber den zuständigen kommunalen Organen einschließlich der Volksvertre-

2 Strobel (2002), S. 88 ff.

3 Vgl. hierzu Gersdorf (2000), S. 222 ff.

4 BGH v. 29. Januar 1962, BGHZ 36, 296, 306 f.; vgl. hierzu Gersdorf (2000), S. 263 f.; Spannowsky (1992), S. 1074.

5 Zu einem unveröffentlichten Urteil des VG Münster, das jedoch schon die Zulässigkeit eines Rechtsstreits über diese Frage verneinte, vgl. Strobel (2002), S. 93 f.

6 Möller (1999), S. 140 ff., 235 ff.; Oebbecke (2004), Rn. 35; Keßler (2004), S. 48, S. 57.

7 Vgl. Kraft (1982), S. 237 ff.

8 Vgl. BGH v. 5. April 1984, BGHZ 91, 84, 96 f.

9 Kraft (1982), S. 20 ff.; Danwitz (1995), S. 603 ff.; Strobel (2002), S. 193.

tung<sup>10</sup> als auch von Weisungsrechten der Mutterkommune gegenüber ihren Aufsichtsratsmitgliedern<sup>11</sup> aus.

Eine selbstbewusster werdende Öffentlichkeit<sup>12</sup> in den Kommunen hat nun jedoch die Aufmerksamkeit der Gerichte auf eine über das unmittelbare Verhältnis zwischen Eigentümerkommune und Kommunalunternehmen hinausreichende Frage gelenkt. Gegenstand der hier zu besprechenden neueren Gerichtsentscheidungen des Bundesgerichtshofs, des Landgerichts Freiburg und des Verwaltungsgerichts Regensburg ist jeweils die Frage, welche Transparenzpflichten kommunale Unternehmen gegenüber der Öffentlichkeit selbst zu beachten haben. Auch dieser Transparenzanspruch folgt letztlich aus dem Demokratieprinzip oder seinen grundrechtlichen Ausformungen wie der Pressefreiheit, wurde jedoch bislang im Schrifttum weitgehend ausgeblendet.<sup>13</sup> Die Transparenz des Verwaltungshandelns und der politischen Verantwortung für die Öffentlichkeit, namentlich die Wählerinnen und Wähler, gehört zu den Grundvoraussetzungen der Demokratie.<sup>14</sup> Sie wird für den Bereich der Kommunen u. a. durch das in den Gemeindeordnungen der Länder enthaltene Prinzip der öffentlichen Verhandlung des Gemeinderats konkretisiert.<sup>15</sup>

Bemerkenswert an den hier zu besprechenden Entscheidungen ist, dass nicht nur ein Verwaltungsgericht, sondern auch die mit diesen Fragen befassten Zivilgerichte zugunsten öffentlicher Informationsansprüche gegen kommunale Unternehmen entschieden haben. Darüber hinaus weisen die Entscheidungen auf einen möglichen Meinungsumschwung im Hinblick auf das grundsätzliche dogmatische Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Gesellschaftsrecht insgesamt hin, der auch für die Fragen des Weisungsrechts und der Verschwiegenheitspflicht gegenüber der entsendenden Kommune von Bedeutung sein dürfte.

## II. Verwaltungsgericht Regensburg: Dispositives GmbH-Recht als Lücke für das kommunale Öffentlichkeitsprinzip

Die bislang herrschende Dogmatik des Vorrangs des Gesellschaftsrechts ist überraschenderweise in der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung noch am deutlichsten erkennbar.

10 Danwitz (1995), S. 623 f.; Strobel (2002), S. 195 ff.

11 Danwitz (1995), S. 625 f.

12 Ein Indiz für ein insoweit zunehmendes Interesse sind nicht nur die hier referierten Gerichtsurteile, sondern auch die wachsende Zahl kommunaler Bürgerbegehren und -entscheide, die sich auf die Betätigung kommunaler Unternehmen und Privatisierungsfragen beziehen, wie etwa den Bürgerentscheid in der Stadt Mülheim vom 27. Februar 2005, in dem über 80 Prozent der Wählerinnen und Wähler für ein kommunales Privatisierungsverbot gestimmt haben, vgl. Teigeler (1. März 2005), S. 1.

13 Siehe etwa die Arbeit von Gersdorf (2000), in der trotz der Inbezugnahme des Demokratieprinzips im Titel der Aspekt der Transparenz öffentlicher Unternehmen gegenüber den Bürgern und der Öffentlichkeit nicht behandelt wird.

14 Vgl. BVerfG v. 5. November 1975, BVerfGE 40, 296, 327.

15 § 35 BW-GemO; Art. 52 BayGemO; § 44 BrdbGemO; § 52 HessGemO; § 29 Abs. 5 MV-GemO; § 45 NdsGemO; § 48 Abs. 2 NRW-GemO; § 35 Abs. 1 RP-GemO; § 40 SaarlGemO; § 37 SächsGemO; § 50 S-AGemO; § 35 SH-GemO; die Thüringer Kommunalordnung enthält keine ausdrückliche Regelung des Öffentlichkeitsprinzips, setzt es aber wohl voraus, siehe z.B. § 24 Abs. 2 ThürKO.

Das Verwaltungsgericht Regensburg<sup>16</sup> hatte über die Zulässigkeit eines Bürgerbegehrens zu entscheiden, in dem über eine Verpflichtung der Stadt zur Änderung der Satzungen der kommunalen GmbHs abgestimmt werden sollte. Diese Satzungsänderung sollte die Geheimhaltungspflicht der Aufsichtsratsmitglieder kommunaler GmbHs auf solche Tagesordnungspunkte beschränken, die zum Wohl des jeweiligen städtischen Unternehmens zwingend der Verschwiegenheit bedürfen. Zudem sollte die Satzung künftig erlauben, dass den Medien alle Tagesordnungspunkte, die demnach nicht länger der Geheimhaltungspflicht unterliegen, bereits vorab unter Angabe des Beratungsdatums bekannt gegeben werden. Die Gemeinde lehnte es ab, dieses Bürgerbegehren zuzulassen, weil die angestrebte Beschränkung der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsräte mit § 52 GmbHG i. V. m. §§ 116, 93 Abs. 1 Satz AktG nicht vereinbar sei.<sup>17</sup>

Das Verwaltungsgericht Regensburg erklärte das Bürgerbegehren jedoch für zulässig. Es verweist darauf, dass die Pflicht, vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft geheimzuhalten, bei fakultativen GmbH-Aufsichtsräten gemäß § 52 Abs. 1 durch Satzung eingeschränkt werden könne.<sup>18</sup> In welchem Umfange dies möglich sei, bestimme sich nach dem kommunalrechtlichen Öffentlichkeits- und Transparenzprinzip. Nicht aufhebbar sei die Verschwiegenheitspflicht lediglich bei echten Betriebs- und Geschäftsheimnissen, berechtigten Ansprüchen von Privatpersonen und öffentlichen Interessen. Die Beachtung dieser Grenze lasse sich jedoch unter die Formulierung des Bürgerbegehrens subsumieren.

Angesichts der Dispositivität der Verschwiegenheitspflicht bei der GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat erscheint es überflüssig, dass die Verwaltungsrichter auch noch auf das kommunalrechtliche Öffentlichkeitsprinzip Rückgriff nehmen, um die Vereinbarkeit des Bürgerbegehrens mit der Rechtsordnung zu begründen. Denn auch einer privaten GmbH hätte man eine entsprechend ausgelegte Selbstbeschränkung der Verschwiegenheitspflicht in der Satzung angesichts des insoweit dispositiven Rechts nicht verwehren können. Auf die besondere Transparenzverpflichtung der Eigentümerkommune kam es also nicht an.

Das Gericht nutzt diesen Verweis auf das Öffentlichkeitsprinzip aber zu einer kritischen Auseinandersetzung mit den Folgen formeller Privatisierungen, die zu weitgehender Intransparenz der kommunalen Entscheidungsfindung für die Gemeindeöffentlichkeit führen. Es betont den Verfassungsrang des Öffentlichkeitsprinzips, das sowohl im Demokratie- als auch im Rechtsstaatsprinzip verankert sei und aus dem sich auch nach formeller Privatisierung kommunaler Einrichtungen ein Informationsbedürfnis für die Öffentlichkeit ergebe. Dem stünden bestimmte Praktiken und Privatisierungsfolgen entgegen, etwa die teilweise unzureichende Repräsentation der Gemeinderatsfraktionen in den Aufsichtsräten der kommunalen Gesellschaften oder die abgeschwächte Kontrolle der

16 VG Regensburg v. 2. Februar 2005, Az. RN 3 K 04.1408., nicht veröffentlicht.

17 Gemäß Art. 18a Abs. 8 S. 1 BayGemO und den entsprechenden Regelungen in anderen Bundesländern ist ein Bürgerbegehren nicht zuzulassen, wenn es auf ein rechtswidriges Ziel gerichtet ist.

18 Vgl. Strobel (2002), S. 99 f.; gegen eine Abdingbarkeit der Verschwiegenheitspflicht auch bei der GmbH Möller (1999), S. 240.

Preise kommunaler Gesellschaften i.V. zur öffentlich-rechtlichen Gebührenkontrolle. Einen Vorrang des Gesellschaftsrechts vor dem Kommunalrecht lehnen die Richter ab. All diese Ausführungen über den Rang des Öffentlichkeitsprinzips müssen das Urteil aber letztlich nicht tragen. Das Gericht wendet sich zwar gegen die Ansicht, dass das Gesellschaftsrecht stets vorrangig sei. Es stützt seine Entscheidung für die Zulässigkeit der geplanten Satzungsänderungen jedoch auf die Dispositivität der Verschwiegenheitspflicht nach § 52 Abs. 1 GmbHG und rechtfertigt diese daher innerhalb der Bahnen, die die bislang herrschende Meinung vom Vorrang des Gesellschaftsrechts vorgibt. Diese Annahme eines Vorrangs des Gesellschaftsrechts wird bislang in der Regel mit dem Verweis auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Gesellschaftsrecht nach den Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG begründet.<sup>19</sup> Da der Bund das Recht der Kapitalgesellschaften im Aktiengesetz und im GmbH-Gesetz abschließend geregelt habe, bestünde für landesrechtliche Regelungen kein Raum mehr.<sup>20</sup> Ein Eingriff in diese Ordnung sei den Bundesländern auch dort verwehrt, wo sie sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sondern erst aus der richterlichen Rechtsfortbildung des Gesellschaftsrechts ergebe.<sup>21</sup> Gestaltungsspielraum für den Landesgesetzgeber bleibt nach dieser Auffassung bei der Regelung der kommunalrechtlichen Willensbildung und der Vertretung der Gebietskörperschaft in den Gesellschafter-, Leitungs- und Aufsichtsorganen.<sup>22</sup> Zudem könne das Landesrecht dort Regelungen treffen, wo das Gesellschaftsrecht keine zwingenden oder abschließenden Vorgaben enthält. Da die vor dem Verwaltungsgericht Regensburg umstrittene Regelung der Geheimhaltungspflichten für fakultative GmbH-Aufsichtsräten dispositiv war, bestand somit gar kein Erfordernis, die These vom Vorrang des Gesellschaftsrechts in dieser Entscheidung zu verabschieden.

Hält man am Vorrang des Gesellschaftsrechts fest, müssten die das Urteil nicht tragenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts Regensburg zum Verfassungsrang des Öffentlichkeitsprinzips allerdings dazu führen, die kommunale Aufgabenerfüllung in Form von Aktiengesellschaften generell als unzulässig abzulehnen.<sup>23</sup> Denn bei der AG sind die Verschwiegenheitspflichten für Aufsichtsratsmitglieder gemäß § 93 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 116 AktG zwingendes Recht. Das Aktiengesetz lässt insoweit keinen Spielraum, um die nach Auffassung des Gerichts verfassungsrechtlich gebotene Transparenz bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch eine AG zur verwirklichen. Die Betonung des verfassungsrechtlichen Werts des Öffentlichkeitsprinzips wirft daher die Frage nach der adäquaten Auflösung dieses Konflikts bei der AG auf – auch wenn das VG Regensburg hierüber nicht zu entscheiden hatte.

19 Andere Stimmen leiten den Vorrang des Gesellschaftsrechts aus Art. 31 GG ab, wonach Bundesrecht Landesrecht bricht, vgl. Fabry (2002), Rn. 54; kritisch hierzu Gersdorf (2000), S. 257 f.; Püttner (1986), S. 751; Strobel (2002), S. 190; Danwitz (1995), S. 616 f.

20 Möller (1999), S. 50 f., die diesem Argument aber selbst nur eine geringe Bedeutung zusmisst.

21 Keßler (2004), S. 48 f.

22 Vgl. hierzu Erichsen (1990), S. 14 ff.; vgl. etwa die Vertretungsregelungen in Art. 93 BayGemO; § 104 BrdbGemO; § 125 HessGemO; § 71 MV-GemO; § 111 NdsGemO; § 113 NRW-GemO; § 119 SA-GemO.

23 Einige Gemeindeordnungen stellen für die Wahl der AG als Rechtsform ausdrückliche Hürden auf, vgl. etwa § 103 Abs. 2 BW-GemO; § 198 Abs. 3 NRW-GemO; § 87 Abs. 2 RP-GemO, die die AG nur subsidiär zulassen, wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform erfüllt werden kann; die Wahl der AG ist jedoch nach den Gemeindeordnungen nicht generell unzulässig.

### III. Landgericht Freiburg: Einschränkende Auslegung des Begriffs des Geheimnisses

Erstaunlicherweise ist es die Entscheidung eines Zivilgerichtes, des Landgerichts Freiburg,<sup>24</sup> die die These vom Vorrang des Gesellschaftsrechts auch in den tragenden Gründen in Frage stellt. Dem Urteil lag die Klage eines kommunalen Aufsichtsratsmitglieds in einer zu hundert Prozent von der Kommune gehaltenen GmbH zugrunde. Der Kläger hatte die Ausgaben der GmbH für eine Gedenktafel öffentlich gemacht und kritisiert. Der Aufsichtsrat fasste daraufhin mehrheitlich einen Beschluss, in dem er dieses Verhalten des Klägers missbilligte. Der Kläger beantragte, die Nichtigkeit dieses Aufsichtsratsbeschlusses festzustellen. Das Landgericht verwarf den Missbilligungsbeschluss des Aufsichtsrats mit der Begründung, eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht habe nicht vorgelegen, so dass auch die Rüge nicht zulässig gewesen sei.

Das Urteil des Landgerichts Freiburg ruht v.a. auf einer bestimmten Auslegung des Begriffs des Geheimnisses. Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder einer AG oder GmbH erstreckt sich auf vertrauliche Angelegenheiten und Geheimnisse im Sinne der §§ 93 Abs. 1, 116 AktG, 85 GmbHG. Ein Geheimnis ist jede unbekannte Tatsache, deren Weitergabe zu einem Schaden für die Gesellschaft führen würde, wobei der Schaden nicht materieller Natur sein muss, sondern auch immaterielle Schäden wie die Minderung des Ansehens der Gesellschaft und einen Vertrauensverlust in sie erfasst.<sup>25</sup> Das Geheimhaltungsbedürfnis ist objektiv zu bestimmen.<sup>26</sup> Kein Geheimnis ist hingegen, „was bewusst jedermann offenbar ist“.<sup>27</sup> Von einer unbekannten und damit geheimhaltungsbedürftigen Tatsache wird nach den Grundsätzen des Gesellschaftsrechts bereits dann ausgegangen, wenn ein nicht unerheblicher Zeit- und Mittelaufwand nötig ist, um vollständige Tatsachenkenntnis zu erlangen.<sup>28</sup> Das Gesellschaftsrecht stellt also bei der Beurteilung der Unbekanntheit auf die *tatsächliche Zugänglichkeit* der Information für Dritte ab.

Das Landgericht Freiburg ist nun jedoch bei der Definition der Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern in kommunalen Eigengesellschaften von diesem gesellschaftsrechtlichen, auf die tatsächliche Informationslage abstellenden Geheimnisbegriff abgewichen und hat den Begriff des Geheimnisses stattdessen unter Rückgriff auf öffentlich-rechtliche Wertungen ausgelegt. Die Richter lehnten die Unbekanntheit der verbreiteten Tatsache mit dem Verweis darauf ab, dass die GmbH vollständig im Eigentum der Kommune stehe und im Bereich der genuin öffentlichen Aufgaben tätig sei. Hätte sich die Stadt bei der Erfüllung dieser Aufgabe nicht der privatrechtlichen Form bedient, so die Richter, wäre die kritisierte Ausgabe direkt von der Stadt erbracht und nach kommunalrechtlichen Grundsätzen im Gemeinderat diskutiert worden. Dessen Sitzungen seien jedoch grundsätzlich öffentlich. Das im Kommunalrecht zugunsten der Gemeindeein-

24 LG Freiburg v. 8. Dezember 2004, Az. 10 O 49/04, nicht veröffentlicht.

25 Möller (1999), S. 146 ff.

26 Möller (1999), S. 144.

27 BGH v. 5. Juni 1975, BGHZ 64, S. 325, 329.

28 Strobel (2002), S. 101 m. w. N.

wohner verankerte Öffentlichkeitsprinzip<sup>29</sup> könne eine Gemeinde nicht dadurch umgehen, dass sie in privatrechtlicher Form tätig wird und die gesellschaftsrechtliche Verschwiegenheitspflicht für sich in Anspruch nimmt.<sup>30</sup>

Das Vorliegen eines Geheimnisses wird hier also mit der Begründung abgelehnt, dass das Öffentlichkeitsprinzip bei hypothetischer Betätigung in öffentlich-rechtlicher Form zu beachten gewesen wäre. Damit greift die Entscheidung zu den Argumentationslinien des Verwaltungsprivat- oder Verwaltungsgesellschaftsrechts: Nach der Lehre vom Verwaltungsprivatrecht werden die Normen des Privatrechts durch Bestimmungen des öffentlichen Rechts ergänzt, überlagert und modifiziert, wenn die Verwaltung in den Formen des Privatrechts öffentliche Aufgaben wahrnimmt.<sup>31</sup> In Anlehnung an diesen Ansatz wollen die Vertreter des Verwaltungsgesellschaftsrechts der sich in privatwirtschaftlicher Form betätigenden öffentlichen Hand ein Sondergesellschaftsrecht zur Verfügung stellen, das an die speziellen Bedürfnisse der öffentlichen Hand angepasst ist.<sup>32</sup> Pflichtenkonflikte zwischen Gesellschaftsrecht und Kommunalrecht sollen danach nicht als Kollision, sondern als „Unterfall verfassungskonformer Auslegung“<sup>33</sup> begriffen werden. In diesem Sinne lassen sich auch die Argumente des Landgerichts Freiburg zusammenfassen: Die Kommune soll sich durch Wahl privatrechtlicher Handlungsformen nicht ihrer öffentlich-rechtlichen Bindungen entziehen können. Das Gesellschaftsrecht wird deshalb harmonisierend mit Rückgriff auf die für öffentlich-rechtliche Handlungsformen geltenden Bindungen ausgelegt. Die im Gesellschaftsrecht entwickelten Auslegungen werden dabei durch öffentlich-rechtliche Wertungen ersetzt.

Praktische Auswirkungen dürfte eine solche Auslegung des Gesellschaftsrechts im Lichte des kommunalrechtlichen Öffentlichkeitsprinzips v.a. im Bereich der vertraulichen Angaben erlangen, die vom Verschwiegenheitsgebot ebenfalls umfasst sind. Vertrauliche Angaben sind Informationen, an deren Nichterörterung die Gesellschaft ein Interesse hat, z.B. das Stimmverhalten einzelner Aufsichtsratsmitglieder oder deren vertrauliche Stellungnahmen.<sup>34</sup> Im Gesellschaftsrecht ist auch das Beratungsgeheimnis geschützt, also der Gegenstand, der Verlauf und das Ergebnis von Aufsichtsratsverhandlungen.<sup>35</sup> Gerade der Schutz dieser vertraulichen Angaben durch die gesellschaftsrechtliche Verschwiegenheitspflicht steht mit dem kommunalrechtlichen Öffentlichkeitsgrundsatz in einem genuinen Spannungsverhältnis. Denn die öffentliche Verhandlung in Räten und Ausschüssen dient gerade dazu, die Informationsmöglichkeiten über individuelle Meinungsäußerungen und das Abstimmungsverhalten der dort handelnden Gemeindevertreter zu sichern und

29 Im zu entscheidenden Fall § 35 BW-GemO.

30 LG Freiburg v. 2. Februar 2005, Az. 10 O 49/04.

31 BGH v. 5. April 1985, BGHZ 91, 84, 96.

32 Strobel (2002), S. 188 ff.

33 Danwitz (1995), S. 617.

34 Möller (1999), S. 149; auch die Höhe der in der Öffentlichkeit zuletzt vieldiskutierten Vorstands- und Geschäftsführergehältern dürfte unter die gesellschaftsrechtliche Verschwiegenheitspflicht zu vertraulichen Angaben fallen; vgl. hierzu Jahn (2005), S. 486.

35 Möller (1999), S. 149 f.; teilweise wird darüber hinaus auch die Weitergabe von Angaben, die nicht der geschützten Geheimnissphäre des Unternehmens entstammen, als Verstoß gegen die allgemeine Treuepflicht von Aufsichtsratsmitglieder eingestuft, z.B. die Verbreitung bekannter vertraulicher Angaben oder Angaben über den persönlichen Lebensbereich eines Aufsichtsratsmitglieds, wenn und soweit auch diese Informationen dazu geeignet sind, das Ansehen des Unternehmens in der Öffentlichkeit empfindlich zu stören; siehe a. a. O., S. 151

damit die Zurechenbarkeit von Entscheidungen zu bestimmten Personen zu gewährleisten. Dadurch wird es den Wählerinnen und Wählern ermöglicht, die Positionen einzelner Gemeindevertreter bei ihrer Wahlentscheidung zu berücksichtigen. Überträgt man die Argumentation des Landgerichts Freiburg auf vertrauliche Angaben und das Beratungsgeheimnis, legt man also den Maßstab des kommunalrechtlichen Öffentlichkeitsgrundsatzes an, so können allenfalls Abstimmungen und Ergebnisse, die auch in den Gemeindevertretungen nicht öffentlich erfolgen dürften, von der gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht erfasst werden, z.B. das Abstimmungsverhalten des Einzelnen bei in geheimer Wahl zu fällenden Personalentscheidungen. Entsprechend dem kommunalrechtlichen Öffentlichkeitsprinzip gälte jedoch bei den Aufsichtsräten kommunaler Eigengesellschaften, dass der Beratungsverlauf *in aller Regel* nicht der Verschwiegenheitspflicht unterliegt und nur ausnahmsweise Angaben aus den Sitzungen als vertraulich zu behandeln sind. Die Verschwiegenheitspflicht wäre damit auch ohne entsprechende Satzungsvorschrift bei kommunalen Eigengesellschaften automatisch auf den schmalen Bereich beschränkt, in den auch das kommunalrechtliche Öffentlichkeitsprinzip zurücktreten muss.

Während also das Verwaltungsgericht Regensburg in seiner Entscheidung trotz der ausführlich formulierten Zweifel an der herrschenden Meinung vom Vorrang des Gesellschaftsrechts vor dem Kommunalrecht seine Entscheidung am Ende dennoch auf die Dispositivität des GmbH-Rechts gestützt und somit an dem Verhältnis zwischen beiden Rechtsgebieten nicht grundlegend gerüttelt hat, geht das Landgericht Freiburg deutlich weiter. Es übernimmt die Idee vom Verwaltungsgesellschaftsrecht, d. h. von einer Auslegung des Gesellschaftsrechts im Lichte der öffentlich-rechtlichen Bindungen der Kommune, und bricht damit mit der bislang herrschenden Lehre vom Vorrang des Gesellschaftsrechts.

Dieser Unterschied ist nicht nur von theoretischem Interesse, sondern führt bei der Anwendung auf aktienrechtliche Sachverhalte auch zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen. Das tragende Argument des Verwaltungsgerichts Regensburg beruht auf der Abdingbarkeit der Verschwiegenheitspflichten von fakultativen GmbH-Aufsichtsräten gemäß § 52 GmbH-Gesetz. Die Flexibilität des Gesellschaftsrechts in diesem Punkt wird genutzt, um öffentlich-rechtliche Transparenzpflichten zu berücksichtigen. Aus diesem Ansatz folgt, dass die zwingende Verschwiegenheitspflicht von Mitgliedern der Aufsichtsräte von Aktiengesellschaften nicht durch kommunalrechtliche Wertungen eingeschränkt werden kann. Diese unterliegen im vollen Umfange der gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht. Vertritt man wie das Verwaltungsgericht Regensburg die Auffassung, dass das im Kommunalrecht verankerte Öffentlichkeitsprinzip aufgrund seiner Verankerung im Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip Verfassungsrang besitzt, von den Kommunen also ungeachtet der einfachen Gesetzeslage zu beachten ist, so folgt daraus letztlich, dass die kommunale wirtschaftliche Betätigung in der Rechtsform der Aktiengesellschaft aufgrund der damit zwingend verbundenen Intransparenz zu unterbleiben hat.

Das Landgericht Freiburg hingegen legt den Begriff des Geheimnisses in §§ 93 Abs. 1, 116 AktG, 85 GmbHG selbst unter Rückgriff auf das kommunalrechtliche Öffentlich-

keitsprinzip aus. Da das GmbH-Gesetz insoweit nur auf das Aktiengesetz verweist, ist der Schutzgegenstand der Verschwiegenheitspflicht in beiden Gesellschaftsformen der gleiche. Eine am Öffentlichkeitsprinzip orientierte, stark einschränkende Auslegung der Verschwiegenheitspflicht wäre demnach auch auf vollständig im kommunalen Eigentum stehende Aktiengesellschaften anzuwenden. Das Spannungsverhältnis zwischen dem kommunalrechtlichen Transparenzgebot und dem gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitsgebot wäre aufgehoben. Hinderungsgründe für die Wahl der Aktiengesellschaft bestünden somit wegen des kommunalrechtlichen Öffentlichkeitsprinzips nicht.<sup>36</sup>

#### IV. Bundesgerichtshof: GmbH-Gesetz regelt nicht die Beteiligung der öffentlichen Hand

Die letzte hier zu besprechende, höchstrichterliche Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>37</sup> nähert sich der Frage nach der Transparenz kommunaler Unternehmen nicht über die Anwendung des Gesellschaftsrechts, sondern über die Auslegung öffentlichrechtlicher Transparenzgebote.

Der Kläger, ein Zeitschriftenherausgeber, hatte von einer GmbH, die die Aufgabe der kommunalen Energieversorgung wahrnimmt, Auskunft über die Höhe der Sitzungsgelder für die Aufsichtsratsmitglieder und über die Besetzung und Sitzungsfrequenz des Aufsichtsrats dieser GmbH verlangt. Die beklagte GmbH stand im mittelbaren und unmittelbaren Eigentum mehrerer Kommunen sowie einer privaten Gesellschaft. Die öffentliche Hand hielt jedoch einen Anteil von mindestens 70 Prozent. Mit der Revision wehrte sich die beklagte GmbH gegen ihre Verurteilung zur Auskunfterteilung.

Nach den Landespressegesetzen haben die Medien zur Erfüllung ihrer Aufgaben einen Auskunftsanspruch gegen Behörden, in Bremen und Thüringen auch gegen öffentlichrechtliche Körperschaften, die der Aufsicht des Landes unterstehen.<sup>38</sup> Der Bundesgerichtshof hatte die Frage zu entscheiden, ob von diesem Behördenbegriff auch öffentliche Unternehmen erfasst werden.<sup>39</sup>

Die Bundesrichter betonen den engen Bezug des presserechtlichen Auskunftsanspruchs zur Pressefreiheit in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, zur Informationsfreiheit in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und zum Demokratieprinzip in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG. Daran müsse sich die Auslegung der Bestimmungen über den Auskunftsverpflichteten orientieren. Daher umfasse der eigenständige Behördenbegriff der Landespressegesetze auch eine GmbH, derer sich die öffentliche Hand zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben bedient. „Überall dort, wo zur Wahrnehmung staatlicher Aufgaben öffentliche Mittel eingesetzt werden, von deren kon-

36 Unabhängig von den in den Gemeindeordnungen vorgesehenen ausdrücklichen Hürden für die Wahl der AG, s.o. Fn. 23.

37 BGH v. 10. Februar 2005, NJW 2005, 1720; Besprechungen von Köhler (2005), S. 2337 ff.; Jahn (2005), S. 485 f.

38 Hier § 4 NdsPresseG; entspricht § 4 BW-PresseG; Art. 4 BayPresseG; § 4 BerlPresseG; § 5 BrdbPresseG; § 4 BremPresseG; § 4 HmbgPresseG; § 3 HessPresseG; § 4 MV-PresseG; § 4 NRW-PresseG; § 6 RP-PresseG; § 5 SaarlPresseG; § 4 SächsPresseG; § 4 SA-PresseG; § 4 SH-PresseG; § 4 ThürPresseG.

39 Zu den presserechtlichen Grundlagen der Entscheidung Köhler (2005), S. 2337 ff.

kreter Verwendung Kenntnis zu erlangen ein berechtigtes öffentliches Interesse besteht, wird auch ein Informationsbedürfnis der Presse und der Bevölkerung begründet. Auf dieses Bedürfnis hat es keinen Einfluss, ob sich die Exekutive zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben im Einzelfall einer privatrechtlichen Organisationsform bedient.<sup>40</sup> Für eine Einordnung als Behörde im presserechtlichen Sinn sei es nicht erforderlich, dass sich die GmbH vollständig in öffentlicher Hand befindet, sondern es genüge, dass sie von der öffentlichen Hand beherrscht wird. Soweit bei gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften private Minderheitsgesellschafter von der Auskunftspflicht tangiert werden, hätten deren Interessen hinter den überwiegenden öffentlichen Interessen zurückzutreten. Als Indizien für die Beherrschung nennt der Bundesgerichtshof den von der öffentlichen Hand gehaltenen Anteil und die Zusammensetzung des Aufsichtsrates, der von Vertretern der Eigentümerkommunen beherrscht ist. Er qualifiziert die beklagte GmbH daher als Behörde im Sinne des Presserechts und bestätigt den geltend gemachten Auskunftsanspruch.<sup>41</sup>

Die Richter setzen sich auch mit der Frage auseinander, ob diesem öffentlich-rechtlichen Anspruch nicht das Gesellschaftsrecht entgegensteht. Diese Frage stellt sich bei dem hier aus dem Presserecht folgenden Anspruch nicht anders als bei kommunalrechtlichen Transparenzpflichten, wie sie Gegenstand der Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Regensburg und des Landgerichts Freiburg waren. Die Lösung sucht der Bundesgerichtshof im Verweis auf die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Gesellschaftsrecht, die den Ländern gemäß Art. 72 Abs. 1 GG die Gesetzgebungsbeifugnis belasse, soweit der Bund von seiner Kompetenz nicht Gebrauch gemacht hat. Das GmbH-Gesetz enthalte jedoch „keine Vorschriften, die sich mit der Beteiligung der öffentlichen Hand an der Gesellschaft befassen. Eine ausdrückliche Regelung der Auskunftsverpflichtung findet sich nur in § 51a GmbHG. Weder diese, allein das Innenverhältnis zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführern betreffende noch andere Bestimmungen des Gesetzes stehen einer Auskunftspflicht im Sinne des § 4 Abs. 1 NdsPresseG entgegen.“<sup>42</sup>

Entscheidend ist für den Bundesgerichtshof also offenbar die Frage, ob der presserechtliche Auskunftsanspruch in eine gesellschaftsrechtliche Lücke stößt oder nicht. Ob das Aktien- und das GmbH-Gesetz abschließend auch das Gesellschaftsrecht für öffentliche Unternehmen regeln, ist zwischen den Verfechtern eines Vorrangs des Gesellschaftsrechts und denen eines Verwaltungsgesellschaftsrechts äußerst umstritten. Die in den §§ 394, 395 AktG enthaltenen Sondervorschriften über Auskünfte kommunaler Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der entsendenden Gebietskörperschaft werden teilweise als Beleg dafür gesehen, dass auch die Rechtsverhältnisse öffentlicher Unternehmen durch das Gesetz umfassend geregelt sind.<sup>43</sup> Andere gehen hingegen davon aus, dass diese Vorschriften nur eine abschließende Regelung für die minderheitliche Beteiligung der

40 BGH, NJW 2005, 1720, 1721.

41 BGH, NJW 2005, 1720, 1721.

42 BGH, NJW 2005, 1720, 1721.

43 Gersdorf (2000), S. 261 f.; Püttner (1986), S. 751.

öffentlichen Hand enthalten,<sup>44</sup> es also an einer abschließenden Regelung für Mehrheitsgesellschaften gerade fehlt.

Die sehr knappen Ausführungen des Bundesgerichtshofs zu diesem Problem stifteten jedoch eher Verwirrung über die Haltung der Richter. Denn einerseits soll es im GmbH-Gesetz an Regelungen über die Beteiligung der öffentlichen Hand fehlen. Diese pauschale Feststellung legt nahe, dass der Bundesgerichtshof von einer umfassenden Gestaltungsbefugnis der Bundesländer zur Ausgestaltung öffentlicher und gemischtwirtschaftlicher GmbHs ausgeht. Mit dieser Aussage – so sie denn so umfassend gemeint ist, wie sie getroffen wurde – setzt sich der Bundesgerichtshof jedenfalls für das GmbH-Recht deutlich von der Position der Verfechter des Vorrangs des Gesellschaftsrechts ab, nach der das Gesellschaftsrecht weitgehend abschließend ist und nur einen schmalen Gestaltungsraum für das Kommunalwirtschaftsrecht belässt, nämlich bei der kommunalrechtlichen Willensbildung und bei der Regelung der Vertretung der Gebietskörperschaft in den Gesellschafter-, Leitungs- und Aufsichtsorganen.

In der Tat verweist das GmbH-Recht nicht auf die in den §§ 394, 395 AktG enthaltenen Sondervorschriften über Verschwiegenheitspflichten bei der Beteiligung von Gebietskörperschaften an Aktiengesellschaften, sondern enthält im Hinblick auf öffentliche Beteiligungen gar keine ausdrücklichen Regelungen. Aus dem Fehlen ausdrücklicher Regelungen kann allerdings nach der bisher vertretenen These vom Vorrang des Gesellschaftsrechts noch nicht ohne weiteres auf eine Lücke zugunsten des öffentlichen Landesrechts geschlossen werden.<sup>45</sup> Denn danach gelten die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regelungen ohne Einschränkung selbstverständlich auch für Gesellschaften mit Beteiligungen der öffentlichen Hand. Lücken können daher nur dort existieren, wo eine sachliche Frage überhaupt nicht durch das Gesellschaftsrecht geregelt ist, nicht aber schon dort, wo diese nicht speziell für einen bestimmten Gesellschaftstyp, nämlich Gesellschaften mit öffentlicher Beteiligung, geregelt ist. Bei der Anwendung dieses auf den Gesellschaftstyp abstellenden Ansatzes auf das Aktienrecht müsste man dort, abgesehen von den Sonderregelungen in den §§ 394, 395 AktG über die Verschwiegenheitspflicht ebenfalls ein Fehlen von Regelungen für öffentliche Beteiligungen feststellen. Die Folge wäre, dass etwa die Frage der Weisungsgebundenheit von Aufsichtsratsmitgliedern nicht nach dem Gesellschaftsrecht, sondern zugunsten eines kommunalen Weisungsrechts aufgrund der Ingerenzpflicht des öffentlichen Eigentümers zu beantworten wäre. Denn diesbezüglich fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung für Gesellschaften mit Beteiligungen der öffentlichen Hand im Aktiengesetz. Eine solche Argumentation des Bundesgerichtshofs verließe also die bislang vertretene Lehre vom Vorrang des Gesellschaftsrechts.

Andererseits verweist der Bundesgerichtshof aber darauf, dass die Lücke des GmbH-Gesetzes darin bestehe, dass dieses keine einer Auskunftspflicht nach dem Landespresserecht entgegenstehende Regelung enthalte. Demnach käme es nicht auf das Fehlen von Sonderregelungen für öffentliche Beteiligungen im GmbH-Gesetz an, sondern auf das Fehlen von Regelungen über Auskunftspflichten an sich. Vom Grundansatz her steht die-

44 Danwitz (1995), S. 617 ff.

45 So etwa Püttner (1986), S. 751.

se Argumentation nicht im Widerspruch zum Vorrang des Gesellschaftsrechts, weil sie eine sachliche Regelungslücke für alle Gesellschaften, öffentliche wie private, behauptet. Allerdings fällt die Auseinandersetzung des Bundesgerichtshofs mit möglichen entgegenstehenden Regelungen des GmbH-Gesetzes sehr schmal aus, was angesichts der umfangreichen Debatte insbesondere um Verschwiegenheitspflichten kommunaler Aufsichtsratsvertreter kaum nachzuvollziehen ist. Die knappe Verlautbarung, entgegenstehendes Gesellschaftsrecht existiere nicht, ist nicht überzeugend.

Als einzige konkrete Norm des GmbH-Gesetzes, mit der eine Konkurrenz zum Presserecht auftreten könnte, nennt und verwirft der BGH ausgerechnet § 51a GmbHG über die Auskunftspflicht des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftern – eine Vorschrift, die selbstverständlich nicht einschlägig ist, da sie nur das Innenverhältnis der Gesellschaft regelt. Die nahe liegenden Konflikte mit den unterschiedlichen Verschwiegenheitspflichten des Gesellschaftsrechts hingegen werden nicht einmal im Einzelnen aufgerufen. Zwar ist die Frage durchaus berechtigt, ob die viel diskutierten Regelungen über die Verschwiegenheitspflichten der Aufsichtsratsmitglieder für den Streit um Auskunftsansprüche der Öffentlichkeit gegen die Gesellschaft als solche überhaupt einschlägig sind. Denn ein Informationsanspruch der Öffentlichkeit ist grundsätzlich nur an die zur Leitung und Außenvertretung berufenen Gesellschaftsorgane zu richten,<sup>46</sup> also an die Geschäftsführung oder den Vorstand. Die Öffentlichkeitsarbeit fällt regelmäßig nicht in den Aufgabenbereich des Innenorgans Aufsichtsrat, sondern gehört zu den Leitungsaufgaben.<sup>47</sup> Insofern erscheinen die Regelungen über die Verschwiegenheitspflichten der Aufsichtsräte, die in den Auseinandersetzungen um die Steuerung der Gesellschaft durch die Eigentümerkommune naturgemäß eine große Rolle spielen, zunächst für die Frage der Berechtigung von Informationsansprüchen Dritter gegenüber der Gesellschaft nicht einschlägig.

Dennoch können die gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten der Aufsichtsräte aus zwei Gründen nicht unbedeutlich sein, wenn man sich auf die Suche nach gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen macht, die dem öffentlich-rechtlichen Auskunftsanspruch möglicherweise entgegenstehen.

Zum einen enthält das Gesellschaftsrecht nicht nur für die Aufsichtsräte, sondern auch für den Vorstand bzw. die Geschäftsführung Verschwiegenheitspflichten. Für den Vorstand der Aktiengesellschaft ist dies ausdrücklich in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG geregelt. Danach müssen die Vorstandsmitglieder über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft Stillschweigen bewahren. Das GmbH-Gesetz enthält zwar keine solche ausdrückliche Regelung, sondern verpflichtet die Geschäftsführer in § 43 Abs. 1 GmbHG nur allgemein auf die „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“. Es ist jedoch anerkannt (und nach § 85 GmbHG auch strafrechtlich sanktioniert), dass auch der GmbH-

---

46 Vgl. die entsprechenden Regelungen in Teilen der Landespressgesetze, wonach der Auskunftsanspruch an den Behördenleiter zu richten ist: § 4 Abs. 2 BayPressG; § 4 Abs. 1 S. 2 SächsPresseG; § 4 Abs. 1 S. 2 SA-PresseG.

47 Möller (1999), S. 141 f.; Altmeppen (2005), Rn. 16.

Geschäftsführer zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, wenn ein Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft besteht.<sup>48</sup>

Zum anderen erfasst die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsräte nach den §§ 93, 116 AktG, § 52 GmbHG auch ein grundsätzliches Verbot für das Aufsichtsratsmitglied, sich an die Behörden oder gar an die Öffentlichkeit zu wenden. Unternehmensinterna darf das einzelne Aufsichtsratsmitglied regelmäßig nicht an die Öffentlichkeit tragen.<sup>49</sup> Es erscheint jedoch wenig sinnvoll, die Verschwiegenheitspflichten der Gesellschaftsorgane, die sich alle am Maßstab des Unternehmensinteresses ausrichten, unterschiedlich auszulegen. Dies widerspräche im Übrigen auch dem Gesetz, das die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsräte in den § 116 AktG und 52 GmbHG mittels Verweisung auf die Pflichten der Vorstandsmitglieder in § 93 AktG verankert. Gesetzlich ist also ein Gleichlauf der Verschwiegenheitspflichten der Gesellschaftsorgane gegenüber der Öffentlichkeit vorgesehen. Lediglich im Innenverhältnis kommt hier der Leitungsebene ein Vorrang zu. Da die Verschwiegenheitspflichten der Geschäftsführer bzw. Vorstandsmitglieder also deckungsgleich mit den Verschwiegenheitspflichten der Aufsichtsratsmitglieder sind, muss die Rechtsprechung über den Gegenstand dieser aufsichtsratlichen Verschwiegenheitspflicht auch hier in vollem Umfange herangezogen werden, um mögliche Konflikte zum Informationsanspruch der Presse zu beleuchten.

Auf dieses mögliche Spannungsverhältnis geht der Bundesgerichtshof jedoch im Einzelnen nicht ein. Er beschränkt insbesondere nicht den presserechtlichen Auskunftsanspruch auf das gesellschaftsrechtlich Zulässige oder legt – wie das Landgericht Freiburg dies getan hat – umgekehrt die Verschwiegenheitspflicht der Gesellschaftsorgane unter Rückgriff auf öffentlich-rechtliche Transparenzpflichten, also die Presse- und Informationsfreiheit oder das Demokratiegebot, aus. Auch auf seine eigene Rechtsprechung zum Verhältnis Gesellschaftsrecht – öffentliches Recht<sup>50</sup> geht das Gericht mit keinem Wort ein. Die Haltung zu dieser Frage wird daher nicht eindeutig geklärt. Dass nebenbei die Auseinandersetzung mit den Belangen der privaten Minderheitsgesellschafter praktisch nicht stattfindet, sei nur nebenbei angesprochen, soll hier aber nicht vertieft werden.

Die Betonung eines berechtigten öffentlichen Informationsinteresses „überall dort, wo zur Wahrnehmung staatlicher Aufgaben öffentliche Mittel eingesetzt werden“ und die pauschale Feststellung, dass das GmbH-Gesetz keine Vorschriften enthalte, „die sich mit der Beteiligung der öffentlichen Hand an der Gesellschaft befassen,“ legt trotz dieser Unklarheiten einen impliziten Wechsel des Bundesgerichtshofs auf die Seite des Verwaltungsgesellschaftsrechts nahe. Das Gesellschaftsrecht wird nämlich von den Richtern nicht mehr als Grenze für die Berücksichtigung öffentlicher Interessen in kommunalen Gesellschaften aufgerufen. Statt nach einzelnen Regelungslücken im Gesellschaftsrecht zu forschen, die durch öffentlich-rechtliche Regelungen aufgefüllt werden dürfen, deutet der Bundesgerichtshof an, dass er das Gesellschaftsrecht für die Regelung der Verhältnisse bei Beteiligungen der öffentlichen Hand generell nicht für maßgeblich hält. Es bleibt

48 Altmeppen (2005), Rn. 16.

49 Möller (1999), S. 143.

50 Vgl. BGHZ 69, 334, 340.

abzuwarten, ob sich diese Sichtweise auch anlässlich anderer Einzelfragen, etwa des kommunalen Weisungsrechts für Aufsichtsratsmitglieder, durchsetzen wird.

## V. Bewertung

Vor dem Hintergrund des Demokratiegebots in Art. 20 Abs. 1 GG sind alle drei Entscheidungen im Ergebnis zu begrüßen. Sie stellen klar, dass die Verlagerung einer öffentlichen Aufgabe in eine kommunale GmbH keinen Weg darstellt, politische Verantwortung für die Aufgabenerfüllung zu verschleiern und die kommunale oder überkommunale Öffentlichkeit von Informationen über die Unternehmenspolitik fernzuhalten. Diese Klarstellung wird hoffentlich dazu beitragen, die seit längerem mit Unbehagen beobachtete Entwicklung zu dämpfen, umfangreiche Aufgabenauslagerungen in private Rechtsformen auch – teilweise gezielt – zur Entpolitisierung<sup>51</sup> der Entscheidungen über wesentliche, die örtliche Gemeinschaft betreffende Belange zu nutzen. Die Neigung zur Verschleierung der Verantwortlichkeiten dürfte umso stärker zunehmen, als in bestimmten Bereichen kommunaler Daseinsvorsorge aufgrund der demographischen Entwicklung und der damit einhergehenden Unterauslastung von Infrastrukturen schon heute strittige Entscheidungen über Angebotsreduzierungen oder drastische Preiserhöhungen zu fällen sind oder in Zukunft anstehen werden. Die Richter haben das Recht der Öffentlichkeit gestärkt, über solche Entscheidungen und ihre Grundlagen informiert zu werden und ihre politischen Beteiligungsrechte auch im Hinblick auf die Fragen der kommunalen Unternehmenspolitik auszuüben. Deren Bedeutung für die örtliche Gemeinschaft dürfte nach den Wellen formeller Privatisierung ohnehin vielfach höher sein als die der „Restthemen“, die in einzelnen Städten noch für die Gemeindevertretung übrig geblieben sind.

Die Entscheidungen dürften auch über den Bereich des kommunalrechtlichen Öffentlichkeitsprinzips und des Presserechts hinaus Bedeutung haben. Zwar ist Ausdehnung von Informationsansprüchen auf privatrechtliche Gesellschaften, die öffentliche Aufgaben erfüllen, in den moderneren Informationsgesetzen, nämlich dem Umweltinformationsgesetz des Bundes<sup>52</sup> und in zwei der bislang in vier Bundesländern existierenden Landesinformationsfreiheitsgesetzen sowie im neuen Informationsfreiheitsgesetz des Bundes<sup>53</sup>, bereits vorweggenommen. Auf die Eigentümerstellung der öffentlichen Hand kommt es nach diesen Regelungen im Übrigen – anders als in den Gerichtsentscheidungen – nicht an. Dort jedoch, wo von der öffentlichen Hand beherrschte Gesellschaften, die öffentliche Aufgaben erfüllen, noch nicht von den Informationsgesetzen erfasst sind,<sup>54</sup> wird man nunmehr den Behördenbegriff ähnlich weit auslegen müssen, wie dies der Bundesge-

51 Vgl. hierzu Strobel (2002), S. 52 f.

52 § 4 i. V. m. § 2 Nr. 2 UIG, beschränkt auf privatrechtliche Gesellschaften, die öffentlich-rechtliche Aufgaben des Umweltschutzes wahrnehmen; vgl. Merten (2005), S. 1157 ff.

53 § 4 Abs. 4 NRW-IFG; § 3 Abs. 4 SH-IFG; § 1 Abs. 1 S. 3 IFG des Bundes v. 5. September 2005 (BGBl. I, S. 2722).

54 § 2 Abs. 1 BerlIFG, § 2 Abs. 4 BrdbAIG, die nur Informationsrechte gegenüber Privaten vorsehen, die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse betraut sind, also nur den schmalen Bereich der Beliehenen erfassen.

richtshof im Presserecht getan hat, zumal er diese Auslegung nicht nur auf das Grundrecht der Pressefreiheit, sondern auch auf die Informationsfreiheit gestützt hat.

Allerdings sollten die teilweise vorhandenen Schwächen der Entscheidung des Bundesgerichtshofs und die außerdem zu erwartenden Folgeprobleme nicht übergangen werden. Das Urteil leidet an seiner unzureichenden Auseinandersetzung mit den dem geltend gemachten Informationsanspruch entgegenstehenden gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten und darüber hinaus an der kryptischen Haltung zur entscheidenden Grundfrage nach dem Verhältnis zwischen Gesellschaftsrecht und öffentlichem Recht. Damit wurde eine Gelegenheit versäumt, die angesichts der weiter fortschreitenden Verlagerung öffentlicher Aufgaben in privatrechtliche Gesellschaften immer drängendere Problematik des Spannungsverhältnisses zwischen den Grundprinzipien des Privatrechts und des öffentlichen Rechts in diesem Bereich zu klären.

Die drei Entscheidungen legen bei all ihrer Unterschiedlichkeit einen Kernaspekt des Konflikts zwischen der These vom Vorrang des Gesellschaftsrechts und dem Verwaltungsgesellschaftsrecht offen, der in der bisherigen Debatte vielfach nur unterschwellig thematisiert wurde. Der zentrale inhaltliche Unterschied zwischen den beiden einander gegenüberstehenden Grundauffassungen über das Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Gesellschaftsrecht liegt letztlich in ihrer unterschiedlichen Bewertung der kommunalen Freiheit der Rechtsformenwahl. Die Befürworter eines Vorrangs des Gesellschaftsrechts werten gerade diese Wahlfreiheit als Argument für die Unterwerfung der Kommune unter das Gesellschaftsrecht. Die öffentliche Hand treffe durch die Betätigung in privatrechtlichen Gesellschaftsformen eine Wahl, mit der sie sich den damit verbundenen gesellschaftsrechtlichen Bindungen unterwerfe.<sup>55</sup> Könne sie ihren öffentlich-rechtlichen Bindungen in den durch das allein maßgebliche Gesellschaftsrecht vorgegebenen Bahnen nicht Rechnung tragen, so müssten Staat und Kommunen auf die Aufgabenerfüllung in privatrechtlichen Organisationsformen schlicht verzichten. Ein solcher Konflikt könne jedoch nicht zur Umformung des Gesellschaftsrechts durch das öffentliche Recht führen.<sup>56</sup> Dagegen halten die Vertreter der Lehre vom Verwaltungsgesellschaftsrecht diese Wahlfreiheit nur dann für gerechtfertigt, wenn die Kommune dadurch ihre wesentlichen öffentlich-rechtlichen Bindungen nicht abstreifen kann. Sie nehmen damit die Argumentation des Verwaltungsprivatrechts auf.

Letztlich lässt sich die in diesem Punkt unterschiedliche Bewertung auf ein unterschiedliches Verständnis von der Schutzrichtung der in Frage stehenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften zurückführen. Bei den Vertretern des Vorrangs des Gesellschaftsrechts ist die Annahme maßgeblich, dass durch das Gesellschaftsrecht kommunalrechtliche Steuerungsmöglichkeiten überwunden werden, die der Kommune selbst zugute kommen, weshalb diese auch durch ihre Entscheidung für eine private Gesellschaftsform auf diese Möglichkeiten verzichten könne. Die Lehre vom Verwaltungsgesellschaftsrecht hingegen versteht diese öffentlich-rechtlichen Regelungen v.a. als Konkretisierung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen der Kommune, namentlich der Ingerenzpflicht. Diese Pflich-

55 Möller (1999), S. 51; ähnlich Gersdorf (2000), S. 260 ff.; Püttner (1986), S. 751.

56 Gersdorf (2000), S. 262; Möller (1999), S. 44 f.

ten werden als unverfügbar angesehen, so dass ihre Beachtung auch bei der Wahl privat-rechtlicher Unternehmensformen möglich bleiben muss.

Dieser Grundkonflikt über die Verfügbarkeit öffentlich-rechtlicher Bindungen wird in den hier zu besprechenden neueren Entscheidungen besonders deutlich, denn dort stehen nicht mehr Steuerungsansprüche der Kommune selbst im Streit, sondern Ansprüche Dritter. Wenn aber die Bürger oder die Presse ihre Informationsansprüche gegen öffentliche Unternehmen einklagen, stellt sich die Frage nach der Verfügbarkeit solcher Ansprüche Dritter bei Privatisierungen sehr viel klarer als im Streit um das Weisungsrecht des Rates gegenüber einer privaten Gesellschaft, die dieser selbst geschaffen hat.

In allen drei Urteilen zeigt sich, dass die Beschäftigung mit den bislang in der rechtlichen Diskussion um formale Privatisierungen vernachlässigten öffentlichen Bindungen zu Gunsten Dritter überkommene Überzeugungen vom Vorrang des Gesellschaftsrechts ins Wanken bringen muss. Denn anders als bei den bislang im Mittelpunkt stehenden kommunalen Steuerungsansprüchen lassen sich diese grundlegenden Bindungen nicht der Dispositionsfreiheit der Kommune anheim stellen. Nimmt man die Bindungswirkung solcher im Demokratieprinzip wurzelnder Transparenzpflichten der Kommune gegenüber der Öffentlichkeit ernst, ergeben sich letztlich nur zwei Auswege: Zum einen der Ausweg, den das Verwaltungsgesellschaftsrecht mit der öffentlich-rechtlichen Abwandlung gesellschaftsrechtlicher Regelungen weist, zum anderen der Ausweg eines Verzichts auf Rechtsformen, die solchen unverfügaren Informationsrechten entgegen stehen, also einen Verzicht auf die Rechtsform der AG, und eine Pflicht zur Aufnahme von Transparenzvorkehrungen in die Satzungen kommunaler GmbHs. Öffentliche Unternehmen müssen also in Zukunft im Wortsinne „öffentlicher“ als bisher werden. Ob dabei der Weg einer Anpassung des Gesellschaftsrechts oder einer Anpassung öffentlicher Gesellschaften eingeschlagen wird, bleibt abzuwarten.

## Abstract

*Manuela Rottmann, The return of the public into public corporations – recent judicial decisions on the transparency of municipal corporations*

*Confidences; Democracy; obligation of secrecy; the public; public corporation law; primacy of corporation law; secret; transparency*

*Whenever public authorities opt for fulfilling their function in the legal form of a private corporation, the question of the relation between the rules of public law and the rules of corporation law is raised. The article deals with three recent judicial decisions of the German Federal Court of Justice, the District Court Freiburg and the Administration Court Regensburg, that attend to the so far underestimated problem of transparency of municipal corporations to the public and beyond that indicate a possible reorientation of*

*the jurisdiction on the underlying question of the relation between public law and corporation law.*

## Literaturverzeichnis

- Altmeppen, Holger (2005), in: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbH, hrsg. von Holger Altmeppen und Günther H. Roth, 5. Aufl., München, § 43, S. 644-679
- Erichsen, Hans-Uwe (1990), Die Vertretung der Kommunen in den Mitgliederorganen von juristischen Personen des Privatrechts, Köln
- Danwitz, Thomas von (1995), Vom Verwaltungsprivat- zum Verwaltungsgesellschaftsrecht. Zur Begründung und Reichweite öffentlich-rechtlicher Ingerenzen in der mittelbaren Kommunalverwaltung, in: Archiv des öffentlichen Rechts, 120. Jg., Nr. 4, S. 595-630
- Fabry, Beatrice (2002), Organisationsformen öffentlicher Unternehmen, in: Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, hrsg. von Beatrice Fabry und Ursula Augsten, Baden-Baden, Teil 1, S. 1-56
- Gersdorf, Hubertus (2000), Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, Berlin
- Jahn, Joachim (2005), Urteilsbesprechung, in: Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, 21. Jg., S. 485-486
- Keßler, Jürgen (2004), Die Rechtsstellung kommunaler Aufsichtsräte, in: Die GmbH mit kommunaler Beteiligung und die gemeinnützige GmbH, hrsg. von Claudia Ossola-Haring, 2. Aufl., Stuttgart, S. 48-58
- Köhler, Helmut (2005), Auskunftsanspruch der Presse gegenüber Unternehmen der öffentlichen Hand, in: NJW, 58. Jg., Nr. 33, S. 2337-2341
- Kraft, Ernst Thomas (1982), Das Verwaltungsgesellschaftsrecht, Frankfurt am Main
- Merten, Jan O. (2005), Umweltinformationsgesetz und privatrechtliches Handeln der Verwaltung, in: NVwZ, 24. Jg., Nr. 10, S. 1157-1158
- Möller, Berenice (1999), Die rechtliche Stellung und Funktion des Aufsichtsrats in öffentlichen Unternehmen der Kommunen, Berlin
- Oebbecke, Janbernd (2004), Rechtliche Vorgaben für die Führung kommunaler Gesellschaften, in: Handbuch kommunale Unternehmen, hrsg. von Werner Hoppe und Michael Uechtritz, Köln, § 9, S. 217-241
- Püttner, Günther (1986), Die Vertretung der Gemeinden in wirtschaftlichen Unternehmen, in: DVBl. 1986, 101. Jg., Nr. 15, S. 748-753
- Spannowsky, Willy (1992), Die Verantwortung der öffentlichen Hand für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Reichweite ihrer Einwirkungspflichten auf Beteiligungsunternehmen, in: DVBl. 1992, 107. Jg., Nr. 16, S. 1072-1079
- Strobel, Brigitte (2002), Verschwiegenheits- und Auskunftspflicht kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat öffentlicher Unternehmen, Baden-Baden
- Teigeler, Martin, (1. März 2005), Mühlheims Wähler verbieten den Rathauspolitikern, städtische Betriebe zu privatisieren, in: die tageszeitung/Ruhr, Nr. 7603, S. 1