

**Gericht:** VGH  
**Aktenzeichen:** 4 BV 05.756  
**Sachgebiets-Nr.** 140

**Rechtsquellen:**

Art. 18a GO  
Art. 93, 94 GO  
§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. §§ 116,93 AktG  
Art. 4 BayPrG

**Hauptpunkte:**

Bürgerbegehren  
Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern  
Kommunale GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat  
Vorrang gesellschaftsrechtlicher Vorschriften  
Vorabinformation der Medien über Tagesordnungspunkte von Aufsichtsratssitzungen

**Leitsätze:**

1. Ein Bürgerbegehren, das darauf abzielt, bei den von einer Kommune beherrschten GmbHs die Verschwiegenheitspflicht von Mitgliedern des fakultativen Aufsichtsrats partiell einzuschränken, ist nicht von vornherein mit Gesellschaftsrecht und Kommunalrecht unvereinbar.

2. Art. 4 BayPrG schließt nicht aus, den Medien nicht geheimhaltungsbedürftige Tagesordnungspunkte für Aufsichtsratssitzungen kommunaler GmbHs schon vor der Aufsichtsratssitzung bekannt zu geben.

**veröffentlicht in:**

---

**Rechtskräftig:**

-----  
**Urteil des 4. Senats vom 8. Mai 2006**  
(VG Regensburg, Entscheidung vom 2. Februar 2005, Az.: RN 3 K 04.1408)



## **Bayerischer Verwaltungsgerichtshof**

### **Im Namen des Volkes**

In der Verwaltungsstreitsache

1. \*\*\*\*\*
2. \*\*\*\*\*  
zu 1 und 2 wohnhaft: \*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*
3. \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*

- Kläger -

bevollmächtigt zu 1 bis 3:

Rechtsanwälte \*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*

gegen

**Stadt** \*\*\*\*\*

vertreten durch den Oberbürgermeister,  
\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*

- Beklagte -

wegen

Zulassung eines Bürgerbegehrens ("Mehr Bürgerbeteiligung statt geheimer Rathaus-Politik");

hier: Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts Regensburg vom 2. Februar 2005,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 4. Senat,  
durch die Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgerichtshof Dr. Motyl,  
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Schmitz,  
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Kraft

aufgrund mündlicher Verhandlung vom 26. April 2006

**am 8. Mai 2006**

folgendes

### **Urteil:**

- I. Die Berufung wird zurückgewiesen.
- II. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
- III. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags abwenden, sofern nicht die Kläger Sicherheit in gleicher Höhe leisten.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand:**

Am 5. Mai 2004 reichten die Kläger bei der Beklagten Unterschriftslisten für die Durchführung eines Bürgerbegehrens mit dem Titel "Mehr Bürgerbeteiligung statt geheimer Rathauspolitik" ein. Das Bürgerbegehren enthielt folgende Fragestellung:

"Sind Sie dafür, dass die Stadt Passau als Gesellschafter die Gesellschaftsverträge der kommunalen GmbHs ändert, so dass

1. die Geheimhaltungspflicht der Aufsichtsratsmitglieder beschränkt wird und künftig nur noch für solche Tagungsordnungspunkte der Aufsichtsratssitzungen gilt, die zum Wohl des jeweiligen städtischen Unternehmens zwingend der Verschwiegenheit bedürfen.

2. den Medien alle Tagesordnungspunkte, die nach Abs. 1 nicht länger der Geheimhaltungspflicht unterliegen, bereits vor der jeweiligen Aufsichtsratssitzung unter Angabe des Beratungsdatums mitgeteilt werden.

Am 7. Juni 2004 entschied der Stadtrat der Beklagten mit 16:16 Stimmen, das Bürgerbegehren aus materiell-rechtlichen Gründen nicht zuzulassen. Über den unmittelbar im Anschluss daran gestellten Antrag des Stadtratsmitglieds M., das Bürgerbegehren zuzulassen, wurde ebenfalls mit 16:16 Stimmen entschieden.

Mit Bescheid vom 23. Juni 2004 wies die Stadt Passau das Bürgerbegehren als unzulässig zurück und verfügte, dass der beantragte Bürgerentscheid nicht durchgeführt wird. Die mit dem Bürgerbegehren angestrebte Änderung der Satzungen der städtischen GmbHs sei nicht mit den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften vereinbar. Für fakultative Aufsichtsräte einer GmbH seien über § 52 Abs. 1 GmbHG auch die Vorschriften über die Verschwiegenheitspflicht nach §§ 116, 93 AktG anwendbar; sie könnten dem Grunde nach verschärft oder beschränkt werden. Die angestrebte Bekanntgabe einzelner Tagesordnungspunkte an Bürger und Medien schon vor der Aufsichtsratssitzung sei mit der Autonomie des Aufsichtsrats als Gesellschaftsorgan unvereinbar. Durch die gesetzlich vorgeschriebene Nichtöffentlichkeit der Sitzungen des Aufsichtsrats solle sichergestellt werden, dass die Entscheidungen des Aufsichtsrats unbeeinflusst von Dritten getroffen werden könne. Eine öffentliche Diskussion der vom Aufsichtsrat zu behandelnden Punkte könnte die Mitglieder des Aufsichtsrats so beeinflussen, dass sie nicht mehr sachlich und emotionslos entscheiden könnten.

Die Kläger erhoben daraufhin Klage zum Verwaltungsgericht Regensburg mit dem Ziel, den Bescheid der Beklagten vom 23. Juni 2004 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, das Bürgerbegehren mit der genannten Fragestellung zuzulassen und durchzuführen. Die Nichtzulassung des Bürgerbegehrens sei rechtswidrig, denn es sei entgegen der Ansicht der Beklagten nicht gegen ein gesetzliches Verbot zur Verschwiegenheit gerichtet. § 52 Abs. 1 GmbHG schreibe die Verschwiegenheitspflicht nicht zwingend vor. Letztlich werde nur die Vorveröffentlichung der Tagesordnung für den Aufsichtsrat und nicht die Vorabinformation über den sachlichen Inhalt angestrebt. Die konkrete Fragestellung des Bürgerbegehrens trage durchaus dem Umstand Rechnung, dass es Beratungsgegenstände gebe, über die die Öffentlichkeit im Interesse des Wohls des Unternehmens nicht vorab unterrichtet werden dürfe. Als Aufsichtsvorsitzender könne der Oberbürgermeister wie bei den Sitzungen des Stadtrats bei der Bekannt-

gabe der Tagesordnung die Beratungsgegenstände in geheim zu haltende und nicht geheim zu haltende Punkte aufteilen. Eine Vorabveröffentlichung der Tagesordnung stelle keinen Verstoß gegen die Geheimhaltungspflicht dar. Das Bürgerbegehren ziele in seinem zentralen Punkt darauf ab, der Geheimhaltungspflicht der Aufsichtsratsmitglieder entgegenzuwirken und sich dem Trend entgegen zu stellen, Tatsachen, die eigentlich der Öffentlichkeit zugänglich sein sollten, durch Gründung von GmbHs der Öffentlichkeit zu entziehen. Entgegen der Ansicht der Beklagten richte sich die Lösung des Problems nicht nach Gesellschaftsrecht, sondern nach Kommunalrecht.

Mit Urteil vom 2. Februar 2005 gab das Verwaltungsgericht der Klage statt. Das Bürgerbegehren sei zuzulassen, da die formellen Voraussetzungen nach Art. 18 a Abs. 1 bis 6 GO erfüllt seien und das Bürgerbegehren nicht auf ein rechtswidriges Ziel gerichtet sei. Die Koppelung der beiden Fragen sei unschädlich, da zwischen beiden Fragen ein innerer Zusammenhang bestehe und Frage 2 praktisch ein Annex zu Frage 1 sei. Inhaltlich sei das Bürgerbegehren nicht zu beanstanden, denn die Beklagte sei als Allein- bzw. Mehrheitsgesellschafterin bei den städtischen GmbHs grundsätzlich in der Lage, die Gesellschaftsverträge abzuändern. Bei allen (derzeitigen) städtischen GmbHs sei der Aufsichtsrat fakultativ, so dass eine Abänderung der Gesellschaftsverträge über § 52 Abs. 1 GmbHG möglich sei. Mit der geforderten Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht für Aufsichtsratsmitglieder kommunaler GmbHs werde § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. §§ 116, 93 Abs. 1 AktG nicht in rechtswidriger Weise verletzt. Die Grenze für die Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht sei zwischen dem vom Grundsatz der Öffentlichkeit beherrschten Kommunalrecht, der Funktions- und Kontrollfähigkeit des Aufsichtsrats sowie von berechtigten Ansprüchen von Privatpersonen, des Allgemeininteresses und dem zwingenden Unternehmensinteresse zu ziehen. Das Öffentlichkeitsprinzip im Kommunalrecht (Art. 52 Abs. 1, 55 Abs. 2 GO) sei auch im Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip verankert. Wenn § 52 Abs. 1 GmbHG schon eine Lockerung der Verschwiegenheitspflicht zulasse, dann sei das Öffentlichkeitsprinzip hierfür das maßgebliche Kriterium. Kommunale GmbHs seien nicht auf Gewinnmaximierung und Profit ausgerichtet, sondern verfolgten bestimmte öffentliche Zwecke. Auch wenn die Gemeinde sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben für eine privatrechtliche Form entscheide, sei sie nicht frei von allen öffentlich-rechtlichen Bindungen. Wegen dieser öffentlich-rechtlichen Pflichtenbindung könne die Verschwiegenheitspflicht in dem vom Bürgerbegehren geforderten Umfang eingeschränkt werden. Es sei nicht ersichtlich, warum der Aufsichtsrat durch eine öffentliche Diskussion derart beeinflusst werde, dass er das Unternehmen nicht mehr wirksam kontrollieren könne. Dies umso

mehr, als die Aufsichtsratssitzungen weiterhin nicht öffentlich seien. Wenn es schon rechtlich möglich sei, dass bei einem fakultativen Aufsichtsrat Dritte an den Sitzungen teilnehmen könnten, müsse erst Recht eine vorherige öffentliche Diskussion möglich sein. Eine stärkere Transparenz stelle die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats nicht in Frage. Die konkrete Fragestellung, die die Verschwiegenheitspflicht für solche Punkte beibehalte, die zwingend zum Wohl des Unternehmens der Verschwiegenheit bedürften, entspreche den Regeln der praktischen Konkordanz; sie sichere einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen. Im Rahmen ihrer Gestaltungsfreiheit könne die Stadt als Gesellschafterin festlegen, welche Punkte öffentlich bekannt gegeben werden könnten und wie bei der Offenlegung zu verfahren sei. Auch die Weitergabe der Beratungsgegenstände an die Presse sei rechtlich nicht zu beanstanden. Zwar gelte Art. 4 BayPrG nicht unmittelbar, könne aber analog herangezogen werden.

Gegen das Urteil hat die Beklagte die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung eingelegt. Das Verwaltungsgericht habe Umfang und Grenzen der Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsräten bei kommunalen GmbHs verkannt. Das Bürgerbegehren sei auf ein rechtswidriges Ziel gerichtet. Die konkrete Fragestellung differenziere nicht zwischen Gesellschaften mit obligatorischem und fakultativem Aufsichtsrat und sei bereits deshalb auf ein rechtswidriges Ziel gerichtet, weil bei den obligatorischen Aufsichtsräten die Verschwiegenheitspflicht gar nicht eingeschränkt werden könne. Der Umfang der Einschränkung dieser Pflicht bei fakultativen Aufsichtsräten bestimme sich primär nach Gesellschaftsrecht. Die Gemeinden seien bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 92 GO frei, ein gemeindliches Unternehmen in Privatrechtsform zu führen. Der Gesetzgeber habe nur in Art. 93 Abs. 2 Satz 2 GO eine Auskunftspflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats gegenüber der Gemeinde normiert, darüber hinaus habe er keine Auskunftspflichten geregelt. Wohl aber habe er die Erstellung eines Beteiligungsberichts nach Art. 94 Abs. 3 GO vorgeschrieben, in den jeder Bürger Einsicht nehmen könne. Die genannten Vorschriften zeigten, dass der Gesetzgeber den Widerstreit zwischen Geheimhaltungspflicht einerseits und Interessen des Gesellschafters andererseits gesehen habe. Im Prinzip habe er bei kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform der Nichtöffentlichkeit den Vorrang eingeräumt. Diese Grundsatzentscheidung könne nicht durch einen Rückgriff auf das Rechtsstaatsprinzip umgangen und ausgehebelt werden. Es könne auch nicht sein, dass nur bei kommunalen GmbHs mit fakultativem Aufsichtsrat das Öffentlichkeitsprinzip nach Kommunalrecht gelte, während bei kommunalen Aktiengesellschaften und mitbestimmten GmbHs die Verschwiegenheitspflicht nach Gesellschaftsrecht gelte. Die Geltung des Rechtsstaatsprinzips könne letztlich nicht davon

abhängen, ob die Gemeinde sich bei der Unternehmensform für die GmbH oder für die Aktiengesellschaft entscheide. Durch den Beteiligungsbericht nach Art. 94 Abs. 3 GO sei dem Transparenzprinzip ausreichend Rechnung getragen. Eine weitergehende Offenlegung habe der Gesetzgeber nicht für erforderlich gehalten. Von den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften könne nur abgewichen werden, soweit Art. 92 Abs. 1 Satz 2, 93 Abs. 1 und 2 sowie Art. 94 bis 96 GO explizit etwas anderes regelten. Der Beschränkung der Pflicht zur Verschwiegenheit auf solche Punkte, die zum Wohl des Unternehmens zwingend geheim zu halten seien, stünden im Übrigen auch Gesichtspunkte der Praktikabilität entgegen. Auch Frage 2 sei unzulässig. Zwar bestünden gegen eine analoge Anwendung des Art. 4 BayPrG keine Bedenken; jedoch sei dieser Anspruch immer auf eine bestimmte Auskunft ausgerichtet, um die bei einer Behörde nachgefragt werde. Demgegenüber ziele das Bürgerbegehren auf einen Auskunftsanspruch von Amts wegen ab, den das geltende Recht nicht kenne.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Regensburg vom 2. Februar 2005 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Kläger beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Zur Begründung nehmen sie auf die Klagebegründung sowie auf das angefochtene Urteil Bezug. Die Formulierung in § 93 AktG und im Bürgerbegehren könnten deckungsgleich verwendet werden, so dass ein Verstoß gegen § 93 AktG nicht vorliege. Die Fragestellung vermeide gerade den Widerspruch zu § 93 AktG. Das Bürgerbegehren beziehe sich im Übrigen erkennbar auf die GmbHs mit fakultativem Aufsichtsrat, da es in Passau derzeit kommunale Gesellschaften mit obligatorischem Aufsichtsrat gar nicht gebe.

Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf die Niederschrift vom 26. April 2006 sowie auf den Inhalt der Gerichtsakten in beiden Rechtszügen sowie die Aktenheftung der Beklagten Bezug genommen.



## **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Berufung ist nicht begründet, da das Bürgerbegehren aus formellen und materiellen Gründen nicht zu beanstanden ist und daher von der Beklagten zuzulassen ist.

1. Das Bürgerbegehren „Mehr Bürgerbeteiligung statt geheimer Rathauspolitik“ entspricht den Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Art. 18a Abs. 1, 3 bis 6 GO. Es bezieht sich auf eine Änderung von Gesellschaftsverträgen der städtischen GmbHs, die die Beklagte zur Erfüllung der ihr obliegenden Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge im öffentlichen Interesse betreibt. Hierbei handelt es sich um Aufgaben des eigenen Wirkungskreises, so dass der Anwendungsbereich nach Art. 18a Abs. 1 GO eröffnet ist. Die Schranken des Art. 18 a Abs. 3 GO wurden beachtet. Die im Bürgerbegehren enthaltene Fragestellung ist auch hinreichend bestimmt. Nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats setzt die Zulassung eines Bürgerbegehrens eine ausreichend bestimmte Fragestellung voraus; jedoch ist nicht erforderlich, dass die Fragestellung so konkret ist, dass es zur Umsetzung des Bürgerentscheids nur noch des Vollzugs durch den Bürgermeister bedarf; vielmehr können durchaus auch Grundsatzentscheidungen getroffen werden, die noch durch Detailentscheidungen im Kompetenzbereich des Gemeinderats ausgefüllt werden müssen (BayVGh vom 8.4.2005 BayVBI 2005, 504/505 m.w.N.). Frage 1 ist insoweit offen formuliert, als die Geheimhaltungspflicht künftig nicht für solche Tagesordnungspunkte der Aufsichtsratssitzungen gelten soll, die nicht „zum Wohl des jeweiligen städtischen Unternehmens zwingend der Verschwiegenheit bedürfen“. Diese offene Formulierung ist unschädlich, da diese Einschränkung im Sinne einer Grundsatzentscheidung für den Bürger gerade auch im Hinblick auf die Begründung hinreichend verständlich ist.

Auch die Stellung von zwei Fragen in dem Bürgerbegehren begegnet im Hinblick auf Art. 18a Abs. 4 Satz 1 GO keinen rechtlichen Bedenken, insbesondere liegt keine unzulässige Koppelung vor. Nach Art. 18a Abs. 4 GO muss das Bürgerbegehren eine mit „Ja“ oder „Nein“ zu beantwortende Fragestellung enthalten. Dies schließt indes die Stellung von zwei Fragen in einem Bürgerbegehren nicht aus und zwar auch dann nicht, wenn die beiden Fragen nur einheitlich mit Ja oder Nein beantwortet werden können (BayVGh vom 10.12.1997 BayVBI 1998, 242 f m.w.N.). Wo im Einzelnen die Grenze zwischen noch zulässiger und nicht mehr zulässiger Koppelung zweier oder mehrerer Fragen zu ziehen ist, bedarf vorliegend keiner Vertiefung, da zwischen den

Fragen 1 und 2 in dem streitgegenständlichen Bürgerbegehren ein enger sachlicher Zusammenhang innerhalb eines einheitlichen Regelungsgegenstandes besteht. Die in Frage 1 angesprochene Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht für Aufsichtsratsmitglieder kommunaler GmbHs zielt darauf ab, dass die Aufsichtsratsmitglieder der interessierten Öffentlichkeit Auskunft über nicht geheimhaltungsbedürftige Tagesordnungspunkte bei Aufsichtsratssitzungen erteilen dürfen. Darauf aufbauend wird mit Frage 2 eine Unterrichtung der Presse im Vorfeld von Aufsichtsratssitzungen über die von der Verschwiegenheitspflicht ausgenommenen Tagesordnungspunkte angestrebt. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Abstimmenden durch die Verbindung der zwei Fragen gezwungen sind, diese einheitlich mit Ja oder Nein zu beantworten, zumal die Fragestellungen in die gleiche Richtung zielen.

Da zwischen den Beteiligten die in Art. 18a GO ausdrücklich festgelegten Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens unstrittig sind, sieht der Senat von einer weiteren Darstellung ab und nimmt insoweit auf die Gründe des angefochtenen Urteils Bezug (§ 130b Satz 2 VwGO).

2. Bei der Entscheidung über die Zulassung eines Bürgerbegehrens sind nicht nur die in Art. 18a Abs. 1 bis 6 GO ausdrücklich aufgeführten Zulässigkeitsvoraussetzungen zu prüfen, vielmehr setzt die Zulässigkeit eines Bürgerbegehrens nach ständiger Rechtsprechung des Senats auch voraus, dass die mit dem Bürgerbegehren verfolgten Ziele mit der Rechtsordnung in Einklang stehen; denn eine möglichst frühzeitige Überprüfung der Vereinbarkeit des Bürgerbegehrens mit dem materiellen Recht dient dazu, unnötigen Verwaltungsaufwand und Kostenrisiken zu vermeiden (vertiefend zum materiellen Prüfungsrecht siehe BayVGH vom 10.12.1997, a.a.O., S. 243; vom 10.11.1997 BayVBI 1998, 209/210 f.). Entgegen der Rechtsansicht der Beklagten sind die mit dem Bürgerbegehren verfolgten Ziele mit der Rechtsordnung, insbesondere mit den Vorschriften des Gesellschaftsrechts und des Kommunalrechts, vereinbar.

2.1 Mit Frage 1 strebt das Bürgerbegehren die Verpflichtung der Beklagten an, durch Änderung der Gesellschaftsverträge die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder über solche in den Aufsichtsratssitzungen zu behandelnden Tagesordnungspunkte einzuschränken, die nicht zwingend zum Wohl des jeweiligen städtischen Unternehmens der Verschwiegenheit bedürfen. Für alle fünf städtischen GmbHs ist im Hinblick auf die Beschäftigtenzahl kraft Gesetzes kein (obligatorischer) Aufsichtsrat zu bilden (§ 77 Abs. 1 BetrVG 1952, § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 6 MitbestG). Die Beklagte hat sich

gleichwohl dafür entschieden, für ihre kommunalen GmbHs jeweils einen Aufsichtsrat bzw. ein vergleichbares Gremium zur Überwachung der Geschäftsführung zu bestellen. Soweit das Bürgerbegehren mit der angestrebten Änderung der Gesellschaftsverträge auf eine Verpflichtung der Beklagten abzielt, ist der richtige Adressat angesprochen. Als Alleingesellschafterin bei vier GmbHs und Hauptgesellschafterin bei einer weiteren GmbH mit einem Anteil von 96,97 % am Stammkapital ist die Beklagte grundsätzlich in der Lage, die Gesellschaftsverträge zu ändern.

2.1.1 Der Einwand der Beklagten, das Bürgerbegehren sei bereits deshalb auf ein rechtswidriges Ziel gerichtet, weil es nicht zwischen GmbHs mit obligatorischem Aufsichtsrat und solchen mit fakultativem Aufsichtsrat differenziere, greift nicht durch. Unstreitig besteht bei allen GmbHs der Stadt Passau nur ein fakultativer Aufsichtsrat. Das Bürgerbegehren bezieht sich erkennbar auf die aktuell existierenden städtischen Gesellschaften. Dies kommt u. a. durch die Formulierung zum Ausdruck, dass die Gesellschaftsverträge geändert werden sollen; geändert werden kann nur etwas, was bereits besteht.

Die von der Beklagten behauptete Unvereinbarkeit der Ziele des Bürgerbegehrens mit den Bestimmungen des Gesellschaftsrechts liegt nicht vor. Da es sich bei allen Aufsichtsräten der städtischen GmbHs um fakultative Aufsichtsräte handelt, bemisst sich die angestrebte Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht nach § 52 Abs. 1 GmbHG. Die dort in Bezug genommenen §§ 116 i.V.m. 93 AktG schreiben eine Verschwiegenheitspflicht bezüglich vertraulicher Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse vor, die Aufsichtsratsmitgliedern durch ihre Tätigkeit im Aufsichtsrat bekannt geworden sind. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 52 Abs. 1 GmbHG kann allerdings die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder durch Gesellschaftsvertrag abweichend von den Bestimmungen des Aktiengesetzes geregelt werden. Nach zutreffender Meinung handelt es sich insoweit um dispositives Recht (siehe Roth/Altmeppen GmbHG, 5. Aufl. 2005 RdNr. 1 zu § 52; Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, RdNr. 20 zu § 52; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, RdNr. 17a zu § 52; Scholz, GmbHG, 9. Aufl. 2002, RdNr. 343; Altmeppen NJW 2003, 2561/2566). Danach kann bei unter § 52 Abs. 1 GmbHG fallenden Gesellschaften der Umfang der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder näher festgelegt, erweitert oder eingeschränkt werden.

Vorliegend bedarf die Frage keiner Vertiefung, ob insbesondere bei Ein-Personen-GmbHs die Verschwiegenheitspflicht gänzlich durch Gesellschaftsvertrag aufgehoben werden dürfte, da die Fragestellung des Bürgerbegehrens eine solche vollständige Aufhebung der Pflicht zur Geheimhaltung gerade nicht vorsieht. Nach Frage 1 soll die Geheimhaltungspflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats auf solche Tagesordnungspunkte beschränkt werden, die zum Wohl des jeweiligen städtischen Unternehmens zwingend der Geheimhaltung bedürfen. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass es Tagesordnungspunkte gibt, die etwa wichtige Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, geheim zuhaltende Daten von Geschäftspartnern usw. betreffen. Seinem Wortlaut nach beschränkt sich der Vorbehalt zwar nur auf geschäftsbezogene Interessen und lässt damit unberücksichtigt, dass in den Aufsichtsratssitzungen auch Themen behandelt werden können, die etwa nach Datenschutzrecht oder anderen gesetzlichen Vorschriften der Geheimhaltung bedürfen. Da allerdings nach der Rechtsprechung des Senats an die Formulierung von Fragestellungen in einem Bürgerbegehren keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen (BayVGH vom 19.2.1997 BayVBI 276/277) und das streitgegenständliche Bürgerbegehren ersichtlich derartige Schutzvorschriften nicht umgehen will, bestehen keine Bedenken dagegen, die in Frage 1 enthaltene Einschränkung erweiternd im Gleichklang mit Art. 52 Abs. 2 GO so zu verstehen, dass die Geheimhaltungspflicht auch dann fortbesteht, wenn Gründe des Wohl der Allgemeinheit und der Schutz berechtigter Ansprüche Einzelner dies erfordern.

Soweit der Vorbehalt in der Frage 1 nicht eingreift, soll das einzelne Aufsichtsratsmitglied Auskunft über die Beratungsthemen erteilen dürfen, ohne sich etwa nach § 85 GmbHG strafbar zu machen. Die weite Fassung der Frage 1, die - anders als bei Frage 2 - keine ausdrückliche Beschränkung auf eine Vorabinformation enthält, ist im Kontext mit der Begründung des Bürgerbegehrens zu sehen. Dessen Ziel ist es, dass die Öffentlichkeit schon vor der Aufsichtsratssitzung von einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern Informationen erhalten kann, was in der Aufsichtsratssitzung behandelt werden soll. Auf diese Weise soll eine frühzeitige öffentliche Diskussion von Bürgern und Stadträten ermöglicht werden. Die Fragestellung lässt sich - wie von den Vertretern des Bürgerbegehrens im Prozess selbst ausgeführt - so verstehen, dass eine Information über die Themen, nicht aber über die interne Willensbildung und Entscheidungsfindung im Gremium angestrebt wird. Es geht daher mit Frage 1 nur darum, was in der Sitzung behandelt wird, nicht aber darum wie einzelne Tagesordnungspunkte entschieden werden.

Durch die angestrebte öffentliche Diskussion von Bürgern und Stadträten über die im Aufsichtsrat zu behandelnden Beratungspunkte wird entgegen der Ansicht der Beklagten die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats bei einer kommunalen GmbH nicht in Frage gestellt. Mit der Regelung des § 52 Abs. 1 GmbHG hat der Bundesgesetzgeber nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift zum Ausdruck gebracht, dass er in der Einschränkung der Geheimhaltungspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern keine Gefährdung der Autonomie des fakultativen Aufsichtsrats sieht. Hätte er eine solche Gefahr gesehen, so hätte er die Geheimhaltungspflicht nicht für bestimmte Gesellschaften als dispositives Recht ausgestaltet.

Die Befürchtung der Beklagten, einzelne Aufsichtsratsmitglieder könnten nach öffentlicher Diskussion von Themen, deren Behandlung im Aufsichtsrat der kommunalen GmbH ansteht, nicht mehr in der Lage sein, selbständig und unabhängig ihre Kontrollfunktion gegenüber der Geschäftsführung zu erfüllen, kann der Zulassung des Bürgerbegehrens nicht mit Erfolg entgegen gehalten werden. Das Bürgerbegehren zielt nicht etwa auf eine Weisungsgebundenheit der Aufsichtsratsmitglieder, sondern auf eine öffentliche Erörterung der im Aufsichtsrat zu behandelnden Themen ab. Ist aber die Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht rechtlich möglich, so stellt sich die angesprochene Problematik als eine Frage der Zweckmäßigkeit dar, die keinen Einfluss auf die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens hat.

Die Beklagte kann sich auch nicht zur Stützung ihrer Rechtsauffassung auf die Entscheidung des BGH vom 5.6.1975 (BGHZ 64, 325) berufen, die die Verschärfung des Verschwiegenheitsgebots für Mitglieder eines obligatorischen Aufsichtsrats zum Gegenstand hat. Der BGH betont, dass es sich bei dem Schweigegebot des § 116 i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG um eine abschließende Regelung handelt, die nach § 23 Abs. 5 AktG durch Satzung oder Geschäftsordnung weder gemildert noch verschärft werden könne (BGH vom 5.6.1975, a.a.O., S. 326 f.). Der BGH sieht eine vertrauensvolle Zusammenarbeit im Aufsichtsrat und eine unbefangene Meinungsäußerung und Meinungsbildung seiner Mitglieder in Frage gestellt, wenn ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied die Stimmabgabe und Stellungnahmen anderer Aufsichtsratsmitglieder oder sonstiger persönlicher Äußerungen, die nach Form und Inhalt ersichtlich nur für den Kreis der Anwesenden bestimmt sind, preisgeben würde (BGH vom 5.6.1975, a.a.O., S. 332). Diese Gesichtspunkte können schon deshalb nicht auf den fakultativen Aufsichtsrat übertragen werden, da der Bundesgesetzgeber die Geheimhaltungspflicht bei diesen Gremien als dispositives Recht ausgestaltet hat. Darüber hinaus soll nach dem

Bürgerbegehren die Verschwiegenheitspflicht in Bezug auf Angelegenheiten, die schon ihrer Natur nach geheimhaltungsbedürftig sind, nicht eingeschränkt werden. Aus den skizzierten Darlegungen des BGH kann daher nicht die Unzulässigkeit des Bürgerbegehrens abgeleitet werden. Gleiches gilt für die Ausführungen des BGH in seiner Entscheidung vom 13.10.1977, die sich mit der Beteiligung der öffentlichen Hand an einer Aktiengesellschaft mit privaten Aktionären und der Geltung aktienrechtlicher Schutzvorschriften befassen (BGHZ 69, 334). Der BGH betont, dass es auf dem zu beurteilenden Gebiet industrieller Beteiligungen nicht möglich sei, öffentliche und private Interessenverfolgung scharf voneinander zu trennen und es daher nicht gerechtfertigt sei, für die öffentliche Hand eine Ausnahme von den Vorschriften zum Schutz abhängiger Unternehmen zu machen (BGH vom 13.10.1997, a.a.O., S. 339). Auch diese Fallgestaltung liegt bei den städtischen GmbHs ersichtlich nicht vor. Mit der Eigenart einer GmbH, deren Alleingesellschafter eine Kommune ist bzw. die ganz überwiegend von der Kommune beherrscht wird, setzte sich hingegen der BGH in seiner Entscheidung vom 10. Februar 2005 auseinander. Er führte aus: „Da die Beklagte bei der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben unter richtungweisendem Einfluss der öffentlichen Hand steht, ist sie nicht in jeder Hinsicht mit einem Unternehmen (völlig oder überwiegend) in privater Hand zu vergleichen. Deswegen ist es gerechtfertigt, die Beklagte Auskunftspflichten zu unterwerfen, denen ihre etwaigen privat beherrschten Mitbewerber nicht unterliegen“ (BGH vom 10.2.2005 BayVBl 2005, 699/701). Diese Ausführungen bestätigen, dass die aus § 52 Abs. 1 GmbHG abzuleitende Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht jedenfalls aus gesellschaftsrechtlicher Sicht möglich ist und den Besonderheiten insbesondere bei kommunalen Ein-Personen-Gesellschaften Rechnung tragen kann.

Die Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht für die Aufsichtsratsmitglieder führt auch nicht dazu, die Nichtöffentlichkeit der Sitzungen des Aufsichtsrats zu unterlaufen. Das Bürgerbegehren zielt nicht darauf ab, Dritten die Teilnahme an Sitzungen des fakultativen Aufsichtsrats der GmbH zu ermöglichen (siehe dazu Schulz/Wachsmuth/Zwick, Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, Anm. 3.2 zu Art. 93; OVG NRW vom 21.12.1995 NWVBl 1997, 68/69). Es ist auch keine mittelbare Beeinträchtigung der Nichtöffentlichkeit von Aufsichtsratssitzungen zu befürchten, denn – wie bereits ausgeführt – zielt das Bürgerbegehren darauf ab, Sachthemen der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, nicht jedoch den konkreten Sitzungsablauf.

Der Einwand der Beklagten, das einzelne Aufsichtsratsmitglied könne nicht mit der gebotenen Sicherheit die Entscheidung darüber treffen, über welche

Tagesordnungspunkte es Auskunft erteilen dürfe und welche es geheim zu halten habe, betrifft eine Frage des Vollzugs des Bürgerbegehrens. Auch der weitere Einwand, es sei mit einem unzumutbaren Aufwand verbunden, der eigentlichen Aufsichtsratssitzung zeitlich eine eigene Sitzung vorzuschalten, in der zu klären sei, welche Tagesordnungspunkte der Öffentlichkeit bekannt gegeben werden dürften, stellt eine Frage der Zweckmäßigkeit dar. Diese Gesichtspunkte können nicht der Zulässigkeit der Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht nach Gesellschaftsrecht entgegengehalten werden. Sie betreffen den praktischen Vollzug der nach Gesellschaftsrecht möglichen Änderung des Gesellschaftsvertrages in dem angestrebten Sinn, der aber nicht Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung ist. Aus alledem folgt, dass mit Frage 1 des Bürgerbegehrens jedenfalls nichts angestrebt wird, was nach Gesellschaftsrecht verboten ist.

2.1.2 Auch mit Kommunalrecht ist die mit Frage 1 verfolgte Zielsetzung vereinbar. Das Gesellschaftsrecht ist gemäß Art. 74 Abs. 1 GG Teil der konkurrierenden Gesetzgebung; in diesem Bereich haben die Länder nach Art. 72 Abs. 1 GG die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebung nicht Gebrauch gemacht hat. Da der Bundesgesetzgeber lediglich für Gesellschaften mit obligatorischem Aufsichtsrat in §§ 394 f. AktG Regelungen über die Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern getroffen hat, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat entsandt worden sind und diese Bestimmungen in § 52 Abs. 1 GmbHG nicht für die GmbHs mit fakultativem Aufsichtsrat in Bezug genommen worden sind, steht es dem bayerischen Landesgesetzgeber frei, Regelungen, insbesondere für kommunale GmbHs, bei denen eine Kommune Allein- oder Mehrheitsgesellschafter ist, zu treffen.

Der Landesgesetzgeber hat den Gemeinden in Art. 86 Nr. 3 GO nach Maßgabe des Art. 92 GO die Möglichkeit eröffnet, ein Unternehmen in Rechtsformen des Privatrechts zu betreiben. In Art. 93 und 94 GO hat er Regelungen für kommunale Unternehmen in Privatrechtsform getroffen, die die Vertretung der Gemeinden in diesen Unternehmen (Art. 93 Abs. 1 GO) sowie die Verpflichtung der Gemeinde betrifft, bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung darauf hinzuwirken, dass ihr das Recht eingeräumt wird, Mitglieder in einen Aufsichtsrat oder ein entsprechendes Gremium zu entsenden, soweit es zur Sicherung eines angemessenen Einflusses notwendig ist (Art. 93 Abs. 2 Satz 1 GO). Das Auskunftsrecht von Mitgliedern des Aufsichtsrats gegenüber der Gemeinde ist in Art. 93 Abs. 2 Satz 2 GO geregelt. Vorbehaltlich entge-

genstehender gesetzlicher Vorschriften haben Personen, die von der Gemeinde entsandt oder auf ihre Veranlassung gewählt wurden, die Gemeinden über alle wichtigen Angelegenheiten möglichst frühzeitig zu unterrichten und ihr auf Verlangen Auskunft zu erteilen. Mit dieser Pflicht zur Auskunft hat der Gesetzgeber nur das Rechtsverhältnis zwischen dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied und der Gemeinde angesprochen. Auf eine ausdrückliche Regelung zur Auskunftserteilung gegenüber der Öffentlichkeit hat er hingegen verzichtet. Er hat lediglich in Art. 94 Abs. 3 GO festgelegt, dass die Gesellschaft einen dem Gemeinderat vorzulegenden jährlichen Beteiligungsbericht zu erstellen hat, in den jeder Bürger Einsicht nehmen kann (Art. 94 Abs. 3 Satz 5 GO).

Mit der Berichtspflicht nach Art. 94 Abs. 3 GO hat der Landesgesetzgeber jedoch keine abschließende Regelung in dem Sinn getroffen, dass eine „großzügige“ Unterrichtung der Öffentlichkeit rechtlich verboten sein soll. Letztlich geht die mit dem Bürgerbegehren angestrebte Auskunft nicht über das hinaus, was der Gesetzgeber für die öffentlich zu erörternden Tagesordnungspunkte in Art. 52 GO für den Gemeinderat geregelt hat. Für kommunale Gesellschaften hat der Gesetzgeber sich darauf beschränkt, in Art. 93 Abs. 2 GO ein Minimum an Einflussmöglichkeiten und Auskunftsrechten der Gemeinde zu regeln. Im Übrigen hat er es bei den bundesrechtlichen Regelungen des Gesellschaftsrecht belassen (amtliche Begründung LT-Drs. 13/10828 S. 22; Hölzl/Hien, GO, Anm. 3 zu Art. 93; Bauer/Böhle/ Masson/Samper, Bayerische Kommunalgesetze, RdNr. 20 zu Art. 93 GO; Schulz/Wachsmuth/Zwick, Anm. 3.2 zu Art. 93 GO; Prandl/Zimmermann/Büchner, Kommunalrecht in Bayern, Anm. 4 zu Art. 93 GO). Frage 1 des Bürgerbegehrens steht nach alledem mit der Rechtsordnung in Einklang.

2.2 Auch die mit Frage 2 angestrebte Unterrichtung der Medien über die Tagesordnungspunkte, die nach Absatz 1 des Bürgerbegehrens nicht der Geheimhaltungspflicht unterliegen, verstößt nicht gegen materielles Recht. Gesellschaftsrecht und Kommunalrecht stehen einem derartigen Ziel nicht entgegen; hier gilt nichts anderes als zu Frage 1.

Nichts anderes gilt mit Blick auf das Presserecht. Zu Recht weist die Beklagte auf den strukturellen Unterschied zwischen dem dort geregelten Auskunftsanspruch der Presse und der mit Frage 2 erweiterten Auskunftspflicht der kommunalen GmbHs hin. Typischerweise betrifft das in Art. 4 Abs. 1 BayPrG geregelte Auskunftsrecht das Ersuchen um Einzelauskunft in einem konkreten Fall. Dagegen ist nicht gesetzlich geregelt, dass die Behörde ohne besonderes Ersuchen von sich aus Auskunft erteilen



muss (vgl. Löffler/Wenzel, Presserecht, 4. Aufl. 1997, RdNr. 73 zu § 4 LPG). Aus dem Strukturunterschied folgt, dass die streitgegenständliche Vorabinformation sich nicht auf Art. 4 BayPrG stützen lässt. Dies rechtfertigt aber nicht den Schluss, es bestehe insoweit ein gesetzliches Verbot. Die Bekanntgabe nicht geheimhaltungsbedürftiger Informationen von Amts wegen liegt im Ermessen der jeweiligen Behörde. Ein Bürgerbegehren, das darauf abzielt, dieses Ermessen im öffentlichen Interesse zu binden, ist nicht auf ein rechtlich unzulässiges Ziel gerichtet. Die mit Frage 2 angestrebte Unterrichtung der Medien steht mit der in Art. 3 Abs. 1 BayPrG umschriebenen, verfassungsrechtlich abgesicherten Aufgabe der Presse in Einklang, im Rahmen der demokratischen Meinungsbildung tätig zu werden und trägt der vom BGH zu Recht betonten Auskunftspflichtung solcher GmbHs Rechnung, die ganz oder überwiegend in der öffentlichen Hand liegen (BGH vom 10.2.2005, a.a.O., S. 701).

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO; ihre vorläufige Vollstreckbarkeit aus § 167 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 708 Nr. 11, § 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da kein Zulassungsgrund nach § 132 Abs. 2 VwGO vorliegt.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Nach § 133 VwGO kann die Nichtzulassung der Revision durch Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht in Leipzig angefochten werden. Die Beschwerde ist beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung schriftlich einzulegen und innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Beschwerde muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. In der Beschwerdebegründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.

Vor dem Bundesverwaltungsgericht muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt als Bevollmächtigten vertreten lassen. Das gilt auch für die Einlegung der Beschwerde gegen die Nichtzulassung

der Revision. Abweichend davon können sich juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst, Gebietskörperschaften auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt der zuständigen Aufsichtsbehörde oder des jeweiligen kommunalen Spitzenverbandes des Landes, dem sie als Mitglied zugehören, vertreten lassen.

Dr. Motyl

Schmitz

Dr. Kraft

**Beschluss:**

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 5.000 Euro festgesetzt (§ 52 Abs. 2, § 47 Abs. 3 GKG).

Dr. Motyl

Schmitz

Dr. Kraft