


recherchiert von: **Dietrich Metz** am 12.09.2013

<b>Gericht:</b>	Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen 15. Senat	<b>Quelle:</b>	
<b>Entscheidungsdatum:</b>	16.07.2009	<b>Normen:</b>	§ 28 LKreisO NW 1994, § 33 LKreisO NW 1994, § 53 LKreisO NW 1994, § 30 GemO NW, § 107 GemO NW
<b>Aktenzeichen:</b>	15 B 945/09		
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss		

### **Ausschluss der Öffentlichkeit bei Beratung über Vertragsverhandlungen; Marktanalyse vor Beteiligung an Unternehmen**

#### **Leitsatz**

1. Für die Beratung über den von einer Gesellschaft mit kommunaler Beteiligung beabsichtigten Vertragsschluss, über den der Rat bzw. der Kreistag zuvor entscheiden muss, darf die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, da eine öffentliche Beratung die Verhandlungsposition der Gesellschaft in etwaigen weiteren Vertragsverhandlungen schwächen könnte.(Rn.4)(Rn.8)

2. Zur Frage, wann eine Marktanalyse nach § 107 Abs. 5 GO NRW (GemO NW) erforderlich ist, wenn die Gemeinde bzw. der Kreis sich mittelbar an einer Aktiengesellschaft beteiligen will.(Rn.18)

#### **Fundstellen**

OVGE MÜLü 52, 193-198 (Leitsatz und Gründe)

#### **weitere Fundstellen**

DVBI 2009, 1125 (Leitsatz)  
DÖV 2009, 916 (Leitsatz)  
DVP 2011, 211 (red. Leitsatz)

#### **Verfahrensgang**

vorgehend VG Arnsberg, 7. Juli 2009, Az: 12 L 362/09

#### **Diese Entscheidung wird zitiert**

#### **Literaturnachweise**

Franz Otto, DVP 2011, 211 (Anmerkung)  
Franz Otto, KommunalPraxis BY 2010, 115-116 (Anmerkung)

#### **Tenor**

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Antragstellerin.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 10.000,-- Euro festgesetzt.

#### **Gründe**

- 1 Die Beschwerde der Antragstellerin mit dem Antrag,
- 2 den angegriffenen Beschluss zu ändern und den Antragsgegnern im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, die Beschlüsse des Kreistags des I. zu TOP 24 der Sitzung vom 26. Juni 2009 betreffs des Erwerbs von Anteilen an der RWE Holding AG durch die KEB Hol-

ding AG auszuführen, insbesondere bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache 12 K 1879/09 vor dem Verwaltungsgericht Arnsberg keinerlei rechtliche Verpflichtungen in Ausführung dieser Beschlüsse einzugehen,

- 3 hat keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat den entsprechenden erstinstanzlichen Antrag zu Recht abgelehnt. Ihm ist nicht aus den im Beschwerdeverfahren vorgetragene(n), vom Senat nur zu prüfenden Gründen (§ 146 Abs. 4 Satz 6 der Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO -) stattzugeben. Denn der zu sichernde oder zu regelnde Anordnungsanspruch (vgl. § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 der Zivilprozessordnung) in der Form einer Feststellung gegenüber dem Antragsgegner zu 1., dass durch den Ausschluss der Öffentlichkeit zum genannten Tagesordnungspunkt 24 organschaftliche Mitwirkungsrechte der Antragstellerin verletzt worden sind, bzw. eines noch nicht näher konkretisierten, auf diese Verletzung organschaftlicher Mitwirkungsrechte gestützten körperschaftsinternen Unterlassungs- und Störungsbeseitigungsanspruchs besteht bei summarischer Prüfung nicht. Es ist nämlich nicht überwiegend wahrscheinlich, dass durch den Ausschluss der Öffentlichkeit für die Behandlung des genannten Tagesordnungspunkts 24 Rechte der Antragstellerin verletzt wurden.
- 4 Gemäß § 33 Abs. 2 Satz 3 der Kreisordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (KrO NRW) kann - wie es hier geschehen ist - auf Vorschlag des Landrats für einzelne Angelegenheiten die Öffentlichkeit in der Sitzung des Kreistages ausgeschlossen werden. Dem Wortlaut dieser Vorschrift sind allerdings keine inhaltlichen Kriterien dafür zu entnehmen, für welche einzelnen Angelegenheiten der Kreistag die Öffentlichkeit ausschließen darf. Wegen der großen Bedeutung des Grundsatzes der Sitzungsöffentlichkeit ist hieraus aber nicht zu schließen, dass der Kreistag insoweit keinen Bindungen unterläge. Die Vorschrift setzt vielmehr voraus, dass aus anderen Rechtsvorschriften oder Rechtsgrundsätzen herzuleiten ist, in welchen einzelnen Angelegenheiten in nichtöffentlicher Sitzung zu beraten ist. Nach den Wertungen des § 30 Abs. 1 Satz 1 und 2 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW) zur Verschwiegenheitspflicht, der auch für den Kreis über § 28 Abs. 2 Satz 1 KrO NRW gilt, ist der Ausschluss der Öffentlichkeit bei der Beratung über Angelegenheiten, deren Geheimhaltung ihrer Natur nach erforderlich ist, zulässig, wobei ihrer Natur nach geheim insbesondere Angelegenheiten sind, deren Mitteilung an andere dem Gemeinwohl oder den berechtigten Interessen einzelner Personen zuwiderlaufen würde.
- 5 Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 12. September 2008 - 15 A 2129/08 -, NWVBl. 2009, 221 (222).
- 6 Nach diesen Maßstäben liegt es auf der Hand, dass unter dem Gesichtspunkt des Gemeinwohlinteresses ein Ausschluss der Öffentlichkeit für den Tagungsordnungspunkt 24 geboten war. Bei diesem Tagungsordnungspunkt ging es im Kern um die kommunalrechtliche Ermächtigung von Vertretern des Kreises in Gesellschaften, der mittelbaren Beteiligung des I. an der RWE Holding AG durch Aktienwerb der KEB Holding AG, an der der II. mittelbar über die RLG GmbH beteiligt ist, von der WestLB Europa Holding GmbH zuzustimmen (§ 53 Abs. 1 KrO NRW i.V.m. § 108 Abs. 5 Satz 1 Buchst. a GO NRW). Dabei spielte auch ein abzuschließender Vergleich zwischen der WestLB AG und der KEB Holding AG eine Rolle. In der Kreistagsitzung sollte insbesondere das bisherige Verhandlungsergebnis bewertet und daraus die verfahrensmäßige Konsequenz gezogen werden.
- 7 Entgegen der Auffassung der Antragstellerin kam nicht nur in Betracht, das vorgefundene Verhandlungsergebnis zu billigen oder abzulehnen, mag das auch der Erwartung der Verwaltung und der Kreistagsmitglieder - möglicherweise auf Grund bekannter Haltungen der Fraktionen - entsprochen haben. Eine solche Sichtweise würde rechtlich die Möglichkeiten des Kreistages nicht ausschöpfen und wäre inhaltlich eine Beschneidung seiner Kompetenzen. Er hatte vielmehr verschiedene Möglichkeiten, den Tagesordnungspunkt 24 zu behandeln: Entsprechend dem Verwaltungsvorschlag (Drucksache Nr. 7/11187) konnte der Kreistag der beabsichtigten Beteiligung gemäß § 53 Abs. 1 KrO NRW i.V.m. § 108 Abs. 5 Satz 1 Buchst. a GO NRW zustimmen; er konnte die beabsichtigte Beteiligung endgültig ablehnen; er konnte sie vorläufig mit der Maßgabe bestimmter Vertragsnachbesserungen ablehnen; er konnte in Bezug auf den abzuschließenden Vertrag Weisungen an die Vertreter des Kreises gemäß § 53 Abs. 1 KrO NRW i.V.m. § 113 Abs. 1 Satz 2 GO NRW beschließen. Schließlich wäre auch eine Behandlung des Tagesordnungspunktes 24 ohne Sachentscheidung in Form der Vertagung oder des Übergangs zur Tagesordnung möglich gewesen.
- 8 Alle genannten Möglichkeiten mit Ausnahme endgültiger Zustimmung oder endgültiger Ablehnung hätten den Verhandlungsprozess für die Vertreter des Kreises in den Gesellschaften offen

gehalten. Wäre in diesen Fällen die Sitzung öffentlich, könnte aus dem Verlauf der Beratung und dem Abstimmungsergebnis die Haltung des Kreises zu weiteren Verhandlungen erschlossen werden. Dies würde die Verhandlungsposition der Unternehmen, in die Vertreter des Kreises entsandt sind, hier also RLG GmbH und KEB Holding AG, schwächen, so dass die vom dahinter stehenden Kreis verfolgten Interessen gefährdet würden. Die öffentliche Beratung dieses Verhandlungsgegenstands liefe somit dem Gemeinwohl zuwider.

- 9 Vgl. zu der ähnlichen Situation des Ausschlusses der Öffentlichkeit bei der Beratung zum prozesstaktischen Vorgehen in einem von der Gemeinde geführten Rechtsstreit OVG NRW, Urteil vom 24. April 2001 - 15 A 3021/97 -, NWVBl. 2002, 31.
- 10 Dabei ist es unerheblich, dass sich die Gefährdung des Gemeinwohls im vorliegenden Fall bei dem tatsächlichen Ablauf der Willensbildung im Kreistag nicht realisiert hat, da der beabsichtigten Beteiligung zugestimmt wurde. Die Entscheidung über die Nichtöffentlichkeit der Sitzung war vor der Behandlung des Tagungsordnungspunktes zu treffen.
- 11 Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 12. September 2008 - 15 A 2129/08 -, NWVBl. 2009, 221 (222).
- 12 Nur durch den Ausschluss der Öffentlichkeit wurde sichergestellt, dass die Meinungsbildung ohne Sorge um zukünftige weitere Verhandlungen durch die Offenlegung des Meinungsstandes auch in der Richtung erfolgen konnte, keine abschließende Entscheidung zu treffen. In diesem Sinne wurde sogar ein Antrag gestellt, der allerdings keine Mehrheit fand.
- 13 Da das Geheimhaltungsinteresse vor Abhandlung des Tagesordnungspunktes zu beurteilen war, ergibt sich, dass aus der von der Antragstellerin angeführten Presseerklärung der Kreisverwaltung zwei Arbeitstage nach der Kreistagssitzung über den Kreistagsbeschluss zu Tagesordnungspunkt 24, der in der Tat weder selbst noch was die Diskussion dazu betrifft, etwas Geheimhaltungsbedürftiges enthält, nichts dazu gefolgert werden kann, wie die Frage der Geheimhaltung vor Behandlung des Tagesordnungspunktes zu beurteilen war.
- 14 Unerheblich ist auch, ob der hier genannte Gesichtspunkt für den Ausschluss der Öffentlichkeit maßgebend war. Die Motivation der einzelnen Kreistagsmitglieder für den Beschluss, die Öffentlichkeit auszuschließen, lässt sich ohnehin nicht feststellen. Im Übrigen kommt es auch nur darauf an, ob der Beschluss im Ergebnis eine Stütze im Gesetz findet.
- 15 Da somit im Gemeinwohlinteresse die Öffentlichkeit auszuschließen war, kommt es nicht darauf an, ob darüber hinaus auch wegen berechtigter Interessen der Vertragspartner, nämlich der WestLB AG und der WestLB Europa Holding GmbH, eine nichtöffentliche Behandlung des Tagungsordnungspunktes angezeigt war.
- 16 Soweit die Antragstellerin sich auf eine Verletzung der Ladungsfrist beruft, kann eine Verletzung ihrer Mitwirkungsrechte nicht festgestellt werden. Die Antragstellerin trägt vor, dass nach der Geschäftsordnung des Kreistages die Einladung mindestens 8 Kalendertage vor der Sitzung zur Post hätte gegeben werden müssen. Das ist geschehen: Die Sitzung fand am 26. Juni statt, die Einladung wurde am 18. Juni, also am 8. Tage vor der Sitzung, zur Post gegeben. Aus § 187 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches folgt nichts anderes. Danach wird, wenn für den Anfang einer Frist ein Ereignis maßgebend ist, bei der Berechnung der Frist der Tag nicht mitgerechnet. Die Vorschrift erfasst ihrer Zielrichtung nach Ereignisse, die am Fristbeginn liegen und die Frist auslösen. Hier wird jedoch von einem Ereignis am Fristende der Fristbeginn errechnet. Aber auch bei analoger Anwendung (sog. Rückwärtsfrist) ist die Frist eingehalten, denn obwohl der Tag, in den das Ereignis (die Sitzung) fällt, also der 26. Juni, nicht zu den 8 Kalendertagen zählt, die in die Fristberechnung einfließen, ist der Zeitraum ausreichend (18. bis 25. Juni, jeweils einschließlich).
- 17 Die Rüge der Verletzung rechtlichen Gehörs, weil der Antragstellerin nicht alle dem Gericht zur Verfügung gestellten Unterlagen zugänglich gemacht worden seien (vgl. § 108 Abs. 2 VwGO), ist im vorliegenden Zusammenhang unerheblich und von der Antragstellerin wohl auch nur prozessual gegen die erstinstanzliche Entscheidung gerichtet. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im gerichtlichen Verfahren würde nämlich keine Verletzung von kommunalverfassungsrechtlichen Mitwirkungsrechten der Antragstellerin begründen, die einen zu sichernden oder zu regelnden Anordnungsanspruch begründen könnte.
- 18 Schließlich kann auch keine Rechtsverletzung deshalb festgestellt werden, weil für das Beteiligungsgeschäft keine Marktanalyse gemäß § 53 Abs. 1 KrO i.V.m. § 107 Abs. 5 GO NRW erstellt

wurde. Es kann dahinstehen, ob die Vorschrift hier überhaupt einschlägig ist. Das ist allerdings fraglich. Denn eine solche Marktanalyse ist notwendig bei einer mittelbaren Beteiligung an Unternehmen im Sinne des Absatzes 1. Zwar beteiligt sich hier der Kreis mittelbar über die RLG GmbH und die KEB Holding AG an der RWE Holding AG. Diese ist allerdings nicht am Markt tätig als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern und Dienstleistungen (vgl. § 107 Abs. 1 Satz 3 GO NRW), sondern betätigt sich lediglich als Dachgesellschaft der RWE AG.

- 19 Vgl. dazu, ob Holding-Gesellschaften Unternehmen im Sinne des § 107 Abs. 1 GO NRW sind, Held, in: Held u.a., Kommunalverfassungsrecht NRW, Loseblattsammlung (Stand: November 2008), § 108 Anm. 4.1.
- 20 Das dürfte aber die Anwendbarkeit des § 107 Abs. 5 GO NRW nicht ausschließen, wenn die Gesellschaft, deren Anteile die Holding innehat, ein im Sinne des § 107 Abs. 1 GO NRW am Markt tätiges Unternehmen ist. Es fragt sich jedoch, ob die kommunale Beteiligung an Unternehmen von § 107 Abs. 5 GO NRW nur dann erfasst wird, wenn die Kommune das am Markt tätige Unternehmen "betreibt", weil erst im Betreiben des Unternehmens eine wirtschaftliche Betätigung liegt (§ 107 Abs. 1 Satz 3 GO NRW). Das Betreiben eines Unternehmens verlangt aber möglicherweise mehr als nur die Innehabung eines beliebig kleinen Aktienpakets, etwa ein Mindestmaß an Steuerungsmöglichkeit und tatsächlicher ausgeübter Steuerung hinsichtlich des Unternehmens.
- 21 Das kann aber hier offen bleiben, da die Antragstellerin sich nicht auf die Verletzung ihrer Mitwirkungsrechte wegen einer fehlenden Marktanalyse nach § 53 Abs. 1 KrO i.V.m. § 107 Abs. 5 GO NRW berufen kann. Aus dem auf das Verhältnis zwischen kommunalen Organen und Organteilen übertragbaren Grundsatz der Organtreue ergibt sich, dass die Antragstellerin eine Obliegenheit traf, Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Verfahrensgestaltung in der verfahrensrechtlich gebotenen Form geltend zu machen. Wird diese Obliegenheit verletzt, so ist die spätere Geltendmachung der Rechtsverletzung treuwidrig und deshalb unzulässig.
- 22 Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 12. September 2008 - 15 A 2129/08 -, NWVBl. 2009, 221; Urteil vom 2. Mai 2006 - 15 A 817/04 -, juris Rn. 76.
- 23 Daher hätte die Antragstellerin spätestens in der Sitzung des Kreistages vom 26. Juni 2009 die Vertagung unter Hinweis darauf beantragen müssen, dass der Punkt mangels erforderlicher Marktanalyse jedenfalls im Sinne positiver Beschlussfassung noch nicht entscheidungsreif sei. Das ist nicht geschehen. Vielmehr hat die Antragstellerin die Vertagung aus anderen Gründen, denen die sachliche Ablehnung der Beteiligung zugrunde lag, begehrt.
- 24 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Die Entscheidung über den Streitwert ergibt sich aus §§ 47 Abs. 1, 52 Abs. 1, 53 Abs. 3 Nr. 1 des Gerichtskostengesetzes. Dabei legt der Senat für den Hauptsachestreit, der im Wesentlichen, abgesehen von dem Randgesichtspunkt ordnungsgemäßer Ladung, zwei Streitgegenstände betrifft, nämlich die Verletzung organschaftlicher Mitwirkungsrechte der Klägerin einerseits durch den Ausschluss der Öffentlichkeit und andererseits durch fehlende Marktanalyse, für jeden der darauf bezogenen Anordnungsansprüche einen Streitwert von 10.000,- Euro zugrunde, der wegen der Vorläufigkeit des Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes zu halbieren ist.
- 25 Dieser Beschluss ist unanfechtbar.