



# VERWALTUNGSGERICHTSHOF BADEN-WÜRTTEMBERG

## Im Namen des Volkes Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

prozessbevollmächtigt:

- Klägerin -
- Berufungsklägerin -
- Anschlussberufungsbeklagte -

gegen

Stadt Baden-Baden - Rechtsamt -,  
vertreten durch die Oberbürgermeisterin,  
Marktplatz 2, 76530 Baden-Baden

prozessbevollmächtigt:

- Beklagte -
- Berufungsbeklagte -
- Anschlussberufungsklägerin -

beigeladen:

wegen Unterlassung von Grundstücksankäufen u.a.

hat der 1. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg durch den Präsidenten des Verwaltungsgerichtshofs Ellenberger, den Richter am Verwaltungsgerichtshof Epe und den Richter am Verwaltungsgerichtshof Hettich aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. November 2014

für Recht erkannt:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Karlsruhe vom 17. September 2013 - 6 K 3111/12 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Kostenentscheidung geändert wird.

Die Anschlussberufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt 1/5, die Beklagte 4/5 der Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst zu tragen hat.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand**

Die Beteiligten streiten um die gemeindewirtschaftsrechtliche Zulässigkeit der Beteiligung der Beklagten an einem Unternehmen in Privatrechtsform sowie des Erwerbs von Grundstücken durch dieses Unternehmen.

Die Klägerin ist ein überwiegend im Bauträgersgeschäft tätiges Wohnungsbaunternehmen. Ihr Tätigkeitsbereich erstreckt sich u.a. auf den Erwerb von bebauten und unbebauten Grundstücken, deren Bebauung vornehmlich mit Geschosswohnungsbauten, Reihen- und Doppelhäusern sowie die Veräußerung der Wohnungen und Häuser.

Die Beigeladene, eine gemeinnützige Gesellschaft, ist Eigentümerin zweier Grundstücke in zentraler Lage in Baden-Baden (FSt.-Nrn. XXXX und XXX). Die Grundstücke liegen im Geltungsbereich des am 12.05.2014 vom Gemeinderat der Beklagten beschlossenen und am 26.07.2014 bekannt gemachten Bebauungsplans „Zwischen Stephanien- und Vincentistraße“, für den am 08.07.2010 ein Aufstellungsbeschluss gefasst worden war. Gegen diesen Bebauungsplan ist beim erkennenden Gerichtshof ein Normenkontrollverfahren anhängig (Az.: 3 S 1633/14).

Seit dem Frühjahr 2011 suchte die Beigeladene Käufer für ihre Grundstücke, um mit dem Kaufpreis den Neubau eines von ihr betriebenen Pflegeheims in Baden-Baden-Oos zu ermöglichen. Neben der Klägerin meldete unter anderem die Beklagte, die auch Eigentümerin von Nachbargrundstücken ist, ihr Kaufinteresse an.

Mit notariellem Kaufvertrag vom 14.10.2011 erwarb die XXXXXXXXXXXXXXXX OHG von der Beigeladenen die streitigen Grundstücke zu einem Kaufpreis von 5.660.000,- € . Für den Fall, dass sich das Bauvolumen auf den Grundstücken auf mehr als 4.680 m<sup>2</sup> Wohnfläche erhöht, hat die Käuferin für jeden weiteren m<sup>2</sup> Wohnfläche 1.200,- € nachzuzahlen (§ 4a Abs. 2 des Kaufvertrags). Ein Kaufangebot der Klägerin über zuletzt 6,3 bzw. 6,6 Mio. € nahm die Beigeladene nicht an.

Bei der Käuferin handelt es sich um einen Zusammenschluss zwischen der Gesellschaft für Stadterneuerung und Stadtentwicklung Baden-Baden mbH - GSE -, die zu 100 % von der Beklagten gehalten wird, und dem Privatunternehmen XXXXX XXXXXX GmbH & Co. KG. Der am 11.07.2005 geschlossene notarielle Gesellschaftsvertrag der XXX XXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXX OHG sah als Gesellschaftszweck zunächst u.a. den Erwerb des Grundstücks F1St-Nr. XXXXX in Baden- Baden-Lichtental sowie die Errichtung, die ganze oder teilweise Aufteilung nach dem WEG, den Verkauf - auch als Bauträger im Sinne von § 34 c GewO - und die Vermietung einer Wohnanlage für betreutes Wohnen auf diesem Grundbesitz vor (vgl. § 2 des Gesellschaftsvertrags vom 11.07.2005). Der geänderte Gesellschaftsvertrag vom 13.10.2011 sieht nunmehr - neben einer Umbenennung in XXX XX XXXXX XXXXXXXXXXXXXXXX OHG - als Gesellschaftszweck u.a. den Erwerb der streitigen Grundstücke sowie die städtebauliche Entwicklung, die Errichtung von Gebäuden, die ganze oder teilweise Aufteilung nach dem WEG und den Verkauf - auch als Bauträger im Sinn von § 34 c GewO - auf diesem Grundbesitz vor (vgl. § 2 des Gesellschaftsvertrags vom 13.10.2011). Die Beklagte und die XXXXX XXXXXXXXXXXXXXXX GmbH & Co. KG sind an der Gesellschaft jeweils mit einer Einlage von 50.000,- € beteiligt (vgl. § 4). Gesellschafterbeschlüsse erfolgen gemäß § 7

des Gesellschaftsvertrags einstimmig. Die Geschäftsführung der Gesellschaft erfolgt durch alle Gesellschafter gemeinschaftlich (§ 8).

In der Gemeinderatsbeschlussvorlage 11.305 vom 11.07.2011, die der Änderung des genannten Gesellschaftsvertrags zugrunde lag, hieß es zur Begründung:

„[...] Für die Entwicklung des Gebietes und die Ausgestaltung des Bebauungsplanes ist deshalb auch ein Wettbewerb beabsichtigt, um eine möglichst optimale Lösung zu erzielen. Dabei ist eine einheitliche städtebauliche Oberplanung erforderlich, die eine auch unter ökologischen Gesichtspunkten optimierte Erschließung des Gebietes ermöglicht. Dabei haben die Erfahrungen bei der Entwicklung der Cité gezeigt, dass zur Durchsetzung der Ziele die öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen nicht ausreichen, vielmehr eine Eigentümerstellung erforderlich ist. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf eine Herabzonung der Kubatur von Baulücken auf dem Flurstück-Nr. XXX im Verhältnis zur Umgebungsbebauung, zum bisherigen Bestand bzw. zu erteilten Vorbescheiden als möglichem Ergebnis eines Wettbewerbs, die im Rahmen eines Bebauungsplanverfahrens im Hinblick auf die Abwägung mit Eigentümerbelangen an Grenzen stößt, bzw. angreifbar und damit mit Rechtsunsicherheiten behaftet ist. Auch ließen sich bestimmte gestalterische Anforderungen als Ergebnis eines Wettbewerbs, die in einem Bebauungsplanverfahren möglicherweise nicht umzusetzen wären, durch die Eigentümerstellung erreichen.

Mit der Eigentümerstellung kann auch die konzeptgetreue Umsetzung durch Errichtung und Verkauf von Gebäuden als Ergebnis des Wettbewerbs auf den Flurstücken XXX, XXX sichergestellt und damit auch einer abweichenden Bauausführung vorgebeugt werden.

Auch wäre eine behutsame inhaltliche und zeitliche Realisierung und die Vermeidung von Grundstückspreisspekulationen mit negativen Auswirkungen auf den Grundstücksmarkt gewährleistet.“

Am 10.10.2011 machte die Klägerin im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes einen Unterlassungsanspruch aus § 102 Abs. 1 GemO geltend. Der erkennende Senat verpflichtete die Beklagte mit Beschluss vom 29.11.2012 (- 1 S 1258/12 - ESVGH 63, 144 = VBIBW 2013, 93 = DVBl 2013, 182) im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO, es zu unterlassen, Maßnahmen zu ergreifen, die darauf gerichtet sind, dass sie selbst oder ein Unternehmen, an dem sie unmittelbar oder mittelbar über eine von ihr beherrschte Gesellschaft beteiligt ist, Eigentum an den Grundstücken F1St.-Nrn. XXXX, XXX der Gemarkung Baden-Baden erwirbt, solange in der Hauptsache nicht rechtskräftig über den Unterlassungsanspruch entschieden ist.

Am 26.11.2012 erhob die Klägerin Klage zum Verwaltungsgericht Karlsruhe mit den Anträgen,

festzustellen, dass die Beteiligung der Beklagten an der XXX XXXXXX  
XXXXXXXXXXXXX OHG über ihre Gesellschaft für Stadterneuerung und  
Stadtentwicklung Baden-Baden mbH rechtswidrig ist,

die Beklagte zu verpflichten, die XXX XXX XXXXXXXXXXXXXXXX OHG zu  
kündigen und die Auflösung und Auseinandersetzung dieser Gesell-  
schaft zu betreiben, sowie

die Beklagte zu verpflichten sicherzustellen, dass die von ihr beherrscht  
Gesellschaft für Stadterneuerung und Stadtentwicklung Baden-Baden  
mbH im Rahmen der Geschäftsführung der XXX XXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXX  
OHG alle Maßnahmen und Erklärungen unterlässt, die auf den Erwerb  
des Eigentums an den Grundstücken F1St.-Nrn. XXX und XXX der Ge-  
markung Baden-Baden gerichtet sind.

Zur Begründung führte die Klägerin aus, ihr stehe gegenüber der Beklagten  
gemäß § 105 a Abs. 1 Nr. 1 GemO i.V.m. § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO sowie  
gemäß § 3 Abs. 1 i.V.m. § 4 Nr. 11 UWG ein Rechtsanspruch darauf zu, dass  
diese sich nicht über die GSE an der XXX XXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXX OHG betei-  
lige. Sie könne insofern verlangen, dass die XXX XXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXX OHG  
einerseits aufgelöst und liquidiert werde und die XXX XXXXXXXXXXXXXXXX  
OHG andererseits kein Eigentum an den Grundstücken F1St.-Nrn. XXXXX und  
XXX der Gemarkung Baden-Baden erwerbe.

Der Zweck der XXX XX XXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXX OHG bestehe einzig darin, eine  
bestimmte Grundstücksfläche zu erwerben, hochwertig zu bebauen und die  
Bauten dann wieder hochpreisig zu verkaufen, worin eine im Sinne des § 102  
Abs. 1 GemO unzulässige wirtschaftliche Betätigung der Beklagten liege. Die  
Beklagte habe beim Ankauf der Grundstücke zudem unlautere Mittel einge-  
setzt, so dass ihre Beteiligung am Marktgeschehen auch nach § 3 Abs. 1  
i.V.m. § 4 Nr. 11 UWG unzulässig sei.

Die mit Vertrag vom 13.10.2011 zwischen der GSE und der XXXX XXXXXXXX  
GmbH & Co. KG vereinbarte Fortsetzung der von ihnen gehaltenen XXXX XX  
XXXXX XXXXXXXXXXXXXXXX OHG, deren ausschließlicher Zweck in der Entwick-

lung, der Realisierung und Vermarktung einer Wohnanlage für betreutes Wohnen in Baden-Baden-Lichtental bestanden habe, unter der Firma XXX XX XXXXX XXXXXXXXXXXX OHG mit dem neuen Zweck, auf den Grundstücken F1St.-Nrn. XXX und XXXX in der Kernstadt von Baden-Baden Wohnungen für den gehobenen Wohnbedarf zu entwickeln, zu realisieren und zu vermarkten, stelle sich nicht als eine Fortführung oder eine nur unwesentliche Änderung des bisherigen Unternehmens dar. Sie sei daher an § 102 Abs. 1 GemO, der hier über § 105 a Abs. 1 Nr. 1 GemO zur Anwendung komme, zu messen.

Ein öffentlicher Zweck im Sinne des § 102 Abs. 1 Nr. 1 GemO, der die Beteiligung der Beklagten an der OHG bzw. deren wesentliche Erweiterung rechtfertige, liege nicht vor. Es könne dahinstehen, ob und inwieweit es der Beklagten die Bauleitplanung erleichtern würde, wenn die OHG die Eigentümerstellung an dem Areal inne habe. Damit würde nämlich die Bauleitplanung den Gesellschaftszweck des Erwerbs der Grundstücke durch die OHG gleichwohl nicht rechtfertigen. Zum einen könne die Beklagte ihre städtebaulichen Vorstellungen im Ergebnis in gleicher Weise über die Aufstellung eines Bebauungsplans auch dann durchsetzen, wenn ein mit ihr nicht verbundenes Unternehmen Eigentümer des Areals sei. Das BauGB stelle den Kommunen daneben mit dem Vorhaben- und Erschließungsplan, dem städtebaulichen Vertrag und Plansicherungsinstrumentarien wie der Veränderungssperre und der Umlegung hinreichend Instrumentarien zur Verfügung, um die bauliche und sonstige Nutzung der in ihrem Gemeindegebiet gelegenen Grundstücke zu bestimmen. Die vertraglichen Möglichkeiten, die das BauGB zur Verfügung stelle, geböten es auch nicht im Sinne einer zwingenden logischen Schlussfolgerung, dass eine Kommune im Zuge von Bauleitplanverfahren Bauträgergesellschaften als wirtschaftliche Unternehmen einsetzen dürfe. Sie ermöglichten ihr im Gegenteil gerade, ihre Planungsvorstellungen sehr detailliert und rechtssicher auch ohne unternehmerische Beteiligung durchzusetzen. Zum anderen könne die Bauleitplanung deshalb nicht Unternehmensgegenstand sein, weil sie überhaupt nicht auf ein privates Unternehmen übertragen werden könne. Dies gelte insbesondere für diejenigen Verfahrensschritte und Entscheidungsprozesse in der Bauleitplanung, die für die hier als maßgeblich hervorgehobenen Zielsetzungen entscheidend seien, nämlich für die verbindliche Festlegung des

städtebaulichen und gestalterischen Konzepts. Die Bauleitplanung sei im Übrigen weder nach der Sitzungsniederschrift noch nach der Änderungsvereinbarung Unternehmensgegenstand der OHG.

Selbst wenn man zugunsten der Beklagten außen vor ließe, dass ihre Beteiligung an der OHG nicht durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sei, sei die Beteiligung gemäß § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO gleichwohl unzulässig, weil der mit der Beteiligung der Beklagten an der XXX XXXXX XXXXXXXXXXXXXXXX OHG verfolgte Zweck von privaten Anbietern, insbesondere von der Klägerin, ebenso gut bzw. besser und ebenso wirtschaftlich bzw. wirtschaftlicher erfüllt werden könne. Soweit die Beklagte und ihr folgend das Verwaltungsgericht im Eilverfahren davon ausgegangen seien, der Anwendungsbereich dieser Voraussetzung sei bereits deshalb nicht eröffnet, weil es an einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge fehle, beruhe dieser Befund zum einen auf einer unzureichenden Differenzierung zwischen dem Merkmal des „Tätigwerdens“ auf der einen und dem „Zweck“ auf der anderen Seite, sowie zum anderen auf einem fehlerhaften, weil zu weiten Verständnis des Begriffs der Daseinsvorsorge. Insofern sei im Ansatz mit Blick auf die Systematik des § 102 GemO zu berücksichtigen, dass nicht jeder öffentliche Zweck der Daseinsvorsorge zuzurechnen sei, da für § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO andernfalls kein Anwendungsbereich mehr verbliebe. Für die Annahme der Daseinsvorsorge reiche es daher nicht aus, dass die Tätigkeit dem besonderen Interesse der Allgemeinheit bzw. der Einwohner diene. Unter den Begriff der Daseinsvorsorge fielen nur die Gebiete kommunaler Tätigkeit, welche die existenzielle oder soziale Angewiesenheit des Einzelnen oder der Gemeinschaft mit zivilisatorischen Leistungen zu sozial angemessenen Bedingungen voraussetzten. Zur Daseinsvorsorge könnten danach zwar auch die Stadtplanung und -entwicklung gezählt werden. Nicht jede sich auf die Stadtplanung und -entwicklung auswirkende Tätigkeit lasse sich jedoch als Daseinsvorsorge qualifizieren. Daseinsvorsorgenden Charakter hätten Maßnahmen im Rahmen der Stadtplanung und -entwicklung vielmehr nur dann, wenn sie die Umfeldbedingungen, die für das Leben und Zusammenleben der Bürger in einer kommunalen Gemeinschaft existenziell notwendig seien, schafften oder aufrechterhielten. Stadtplanung und -entwicklung seien demnach nur Daseins-

vorsorge, wenn sie dazu dienen, den Einwohnern der Gemeinde die Möglichkeit zu verschaffen, ihre Grundbedürfnisse, so insbesondere das Wohnen und Arbeiten, in der Gemeinde zu befriedigen. Die Bereitstellung von Bauland über die Aufstellung entsprechender Bauleitpläne gehöre damit in besonderer Weise zur Daseinsvorsorge. Gestalterische Fragen gehörten demgegenüber nicht zur Daseinsvorsorge. Das gesellschaftsvertraglich beschriebene Tätigkeitsfeld der XXX XXXXXX XXXXXXXXXXXX OHG lasse keinerlei Rückschluss darauf zu, dass Gegenstand dieses Unternehmens Tätigkeiten sein sollten, die der Daseinsvorsorge geschuldet seien. Allein die Verwendung des Schlagworts „städtebauliche Entwicklung“ reiche hierfür nicht aus. Es entstünden gehobener Wohnbau und Luxuswohnungen, wie sich aus den Auslobungsbedingungen des Wettbewerbs ergebe. Der Beklagten gleichwohl eine einem sozialen Zweck verpflichtete Absicht zuzubilligen, sei mit Blick auf das erklärte Ziel der Beklagten konstruiert. Der Tätigkeitsschwerpunkt der OHG, nämlich das Bauträgersgeschäft, sei nicht der Daseinsvorsorge zuzuordnen, so dass die gesamte Tätigkeit des Unternehmens an der Subsidiaritätsklausel des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO zu messen sei.

Ein Unterlassungsanspruch ergebe sich ferner aus §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, weil die Beklagte unlautere Mittel eingesetzt habe. Allein der Umstand, dass die Beigeladene ein Angebot akzeptiert habe, das um knapp eine Million Euro hinter einem Konkurrenzangebot zurückbleibe, sei ein eindeutiges Indiz dafür, dass es eine unzulässige Einflussnahme gegeben habe. Das Verhalten der Beklagten erscheine auch deshalb wettbewerbswidrig, weil sie verhindert habe, dass die Beigeladene das bestehende Baurecht im Wege eines Bauvoranfrageverfahrens verbindlich klärt.

Die Klägerin könne somit sowohl gemäß § 102 Abs. 1 GemO als auch gemäß §§ 3, 4 UWG von der Beklagten verlangen, dass diese sich nicht an der XXX XX XXXXXX XXXXXXXXXXXX OHG beteilige. Soweit eine solche Beteiligung bereits mit der Änderung des Gesellschaftsvertrags vom 13.10.2011 erfolgt sei, sei diese Gesellschaft im Sinne einer Folgenbeseitigung aufzulösen und zu liquidieren. Der auf die Verhinderung des Eigentumserwerbs gerichtete Antrag sei notwendig, da andernfalls die Gefahr bestehe, dass die OHG die Entwicklung

und Vermarktung der Fläche noch im Rahmen der Liquidation abwickle. Gerade diese geschäftliche Betätigung der XXX XX XXXXXXXXXXXXXXXX OHG, an der die Beklagte über ihre GSE beteiligt sei, verletze die Klägerin in ihrem Recht, vor einer unternehmerischen Betätigung einer Gemeinde verschont zu bleiben, die sie und/oder andere private Anbieter ebenso gut und wirtschaftlich erfüllen könnten wie die Gemeinde.

Die Beklagte trat der Klage entgegen. Sie trug vor, die GSE sei ein „Altunternehmen“ mit der Folge, dass deren Geschäfte nicht die Voraussetzungen des § 102 Abs. 1 GemO erfüllen müssten. Zum Gesellschaftszweck der GSE gehöre gemäß § 2 Abs. 2 a des Gesellschaftsvertrages der Bau von Wohnungen in allen denkbaren Formen. Die GSE könne damit das streitgegenständliche Grundstück selbst erwerben und bebauen, ohne dass dies gegen § 102 GemO verstieße. Auch die XXX XX XXXX XXXXXXXXXXXXXXXX OHG sei eine „Altgesellschaft“ mit der Folge, dass § 102 Abs. 1 GemO auf sie nicht anzuwenden sei. Die Änderung des Gesellschaftszwecks der OHG durch den Gesellschaftsvertrag von 2011 könne nur unter dem Gesichtspunkt der wesentlichen Erweiterung im Sinne des § 102 Abs. 1 GemO von Bedeutung sein. Eine wesentliche Erweiterung liege dann vor, wenn der Markt allgemein von den neuen Möglichkeiten des kommunalen Unternehmens betroffen sein könne. Durch die Beschränkung auf ein Grundstück bzw. Projekt und die Änderung des Gesellschaftszwecks nach Realisierung des ersten Projekts liege keine wesentliche Erweiterung vor, weil ein verstärkter Marktauftritt damit gerade nicht verbunden sei. Hätte die OHG in ihrem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag die Aufgaben allgemein formuliert, wäre das jetzige Projekt schon gar nicht an den Regelungen des § 102 GemO zu messen gewesen.

Unabhängig davon stelle sich die Frage, ob und wenn ja in welchem Umfang § 102 GemO gegenüber bestehenden Unternehmen, hier der GSE, Anwendung finden könne, wenn deren Tätigkeit vor Änderung der GemO erlaubt gewesen sei und die heute zur Überprüfung anstehende Tätigkeit von ihr selbst ohne Rechtsverletzung realisiert werden dürfte. Die GSE könne Grundstücke erwerben, da zu ihren Aufgaben die Unterstützung der kommunalen Siedlungspolitik und Maßnahmen der Infrastruktur zählten. Hierbei sei in den Blick

zu nehmen, dass es nicht lediglich um die beiden Grundstücke F1St.-Nrn. XXX und XXXX gehe. Vielmehr sei auch das angrenzende städtische Areal zu berücksichtigen. Insgesamt gehe es um eine Gesamtfläche von 3,4 ha. Die GSE solle in dieser sensiblen städtebaulichen Situation die Fläche entwickeln, indem sie die innere Erschließung des Areals plane und durchführe und auch entsprechende Grundstückszuschnitte bilde. In diesem Rahmen dürfe sie auch Wohnbauten errichten und veräußern. Könne aber ein wirtschaftliches Unternehmen einer Kommune die fraglichen Tätigkeiten nach den Regelungen, denen es unterworfen sei, selbst zulässigerweise ausführen, dann könne § 102 GemO keine Anwendung finden. Da zum Gesellschaftszweck der GSE zulässigerweise auch die Bebauung von Grundstücken gehöre, stehe ihr bei der Erfüllung dieser Aufgabe die Formenwahl und -freiheit zu. Sie dürfe sich der vorhandenen und zulässigen Vertragsformen wie Werkvertrag, Dienstvertrag und Gesellschaftsvertrag bedienen. Dies sei Teil der allgemeinen wirtschaftlichen Handlungsfreiheit, die auch einer Gesellschaft, die als kommunales wirtschaftliches Unternehmen gelte, zustehe. Zu den Zielen des § 102 GemO zähle nicht die Schwächung bestehender wirtschaftlicher kommunaler Unternehmen oder die Einschränkung von deren Tätigkeit. § 102 GemO sei gegenüber bestehenden, zulässigerweise tätigen wirtschaftlichen Betrieben der Kommunen daher einschränkend dahingehend auszulegen, dass diese zur Erfüllung ihres Gesellschaftszwecks wirtschaftliche Unternehmen errichten, übernehmen oder sich daran beteiligen dürften, ohne dass es auf die weiteren Voraussetzungen des § 102 GemO ankomme. § 105 a GemO laufe hierdurch nicht leer. Soweit der Gesellschaftszweck einer Altgesellschaft bisher keine Beteiligungen vorgesehen habe, sei eine Beteiligung an einer Gesellschaft nur unter den dort genannten Voraussetzungen möglich.

Der Abschluss des OHG-Vertrages von 2011 beinhalte keine wesentliche Erweiterung der Tätigkeit der GSE. Aufgrund der langjährigen und vielfältigen Tätigkeit der GSE werde mit der Gründung der OHG für ein einzelnes Projekt die Grenze der Wesentlichkeit nicht überschritten.

Im Übrigen seien die Voraussetzungen des § 102 Abs. 1 GemO auch nicht erfüllt. Die Festsetzungsinstrumentarien eines Bebauungsplans und örtlicher

Bauvorschriften seien beschränkt und deshalb nur bedingt geeignet, konkrete städtebauliche Zielsetzungen zu realisieren und hinsichtlich der Realisierung durchzusetzen. Dies ergebe sich schon daraus, dass der qualifizierte Bebauungsplan im Gegensatz zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan in der Regel nur ein Bebauungsangebot vorgebe. Hinzu komme, dass § 11 BauGB ausdrücklich vertragliche Regelungen vorsehe, um die mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele zu fördern und zu sichern. Schon der Wortlaut dieser Rechtsgrundlagen für städtebauliche Verträge beweise, dass dieses Instrumentarium die Bebauungsplanfestsetzungen ergänzen solle, also Regelungsmöglichkeiten bereitstelle, die über die Bebauungsplanfestsetzungen hinausgingen. Die in § 102 Abs. 1 Nr. 1 GemO verlangte Gemeinwohlbindung könne sich dem Grunde nach aus Bebauungsplanfestsetzungen in Verbindung mit Regelungen nach § 11 BauGB ergeben. Die auf diese gesetzlichen Vorgaben gestützten Vereinbarungen, die durch Bebauungsplanfestsetzungen nicht substituiert werden könnten, könnten im Einzelnen gemeinwohlorientiert sein. Der Beklagten stehe eine Einschätzungsprärogative bezüglich der konkreten Festlegung des Gemeinwohls zu. Es sei nach Auffassung des Gesetzgebers grundsätzlich Sache der Kommune, in einem sich an den Bedürfnissen und Anforderungen der örtlichen Gemeinschaft orientierten Rahmen zu entscheiden, welche Leistungen zur Daseinsvorsorge gehörten und ob und gegebenenfalls wie sie diese erbringen wolle. Dazu zählten insbesondere Maßnahmen der Stadtgestaltung und des Stadtbildes. Diese würden insbesondere auch durch die Architektur geprägt. Damit werde der Baukultur, einem öffentlichen Belang im Sinne des § 1 Abs. 6 Nr. 5 BauGB, Rechnung getragen. Deshalb sei ein Architekturwettbewerb durchgeführt worden. Dies gelte jedenfalls bei diesem sensiblen Gebiet, bei dem es sich um eine der letzten großen zusammenhängenden Baulücken im Stadtgebiet in Hanglänge handle, das an eine geschützte Gesamtanlage nach § 19 DSchG, an das Erhaltungssatzungsgebiet (§ 172 f BauGB) Annaberg mit Blickachse zum Neuen Schloss und zum Bäderbereich, für den eine Bewerbung als Weltkulturerbestätte erarbeitet werde, angrenze. Einem entsprechenden Stadtbild komme an dieser Stelle herausragende Bedeutung zu. In tatsächlicher Hinsicht sei klarzustellen, dass die der Beigeladenen erteilte Baugenehmigung vom 03.08.2009 noch nicht erloschen sei. Die Beklagte könne ihre städtebaulichen Ziele nur

erreichen, wenn das mit dieser Baugenehmigung genehmigte Vorhaben nicht realisiert werde. Dies gewährleiste die OHG über die Gesellschaftsrechte der GSE und über die Rechte der Stadt. Schon darin liege ein ausreichender öffentlicher Zweck in Form der Daseinsvorsorge. Es könne auch nicht unterstellt werden, dass ein Abriss des Bestandsgebäudes entlang der Scheibenstraße in jedem Fall erfolgt wäre. Richtigzustellen sei weiter, dass die OHG einen städtebaulichen Wettbewerb durchgeführt und finanziert habe.

Der Antrag der Klägerin auf Auflösung und Liquidation der OHG sei unzulässig und unbegründet, weil bei Ausscheiden der GSE keine Liquidation stattfinde, sondern eine Vollbeendigung der Gesellschaft und Universalsukzession eintrete, soweit nicht vorher ein Dritter in die Gesellschaft eintrete. Diese Entwicklung sei durch § 102 GemO nicht gesperrt. Die Klägerin könne auch nicht beanspruchen, dass die Gesellschaft aus wichtigem Grund gekündigt werde. Es müsse im Ermessen der Beklagten stehen, in welcher Form sie ihre Beteiligung an der Gesellschaft beende. Eine Anspruchsgrundlage für eine Auflösung der Gesellschaft gebe es nicht, allenfalls für die Beendigung der Beteiligung.

Auch der auf Verhinderung des Eigentumserwerbs gerichtete Antrag sei unzulässig. Der Anspruch auf Einhaltung der Subsidiaritätsklausel nach § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO bestehe für die Klägerseite nur dann, wenn sie hinsichtlich des erforderlichen Grundstücks Marktteilnehmerin sei oder werden könne. Die Klägerin habe bezüglich des Grundstücks, auf das sich die wirtschaftliche Tätigkeit beziehen solle, aber keinerlei subjektive Rechte oder Rechtsansprüche. Im Übrigen sei Regelungsgegenstand des § 102 GemO die Übernahme, wesentliche Erweiterung oder Beteiligung an wirtschaftlichen Unternehmen, nicht dagegen die Vornahme einzelner Rechtsgeschäfte. Gehe man davon aus, dass nur die Bauträgertätigkeit im Sinne der Errichtung von Gebäuden und Veräußerung dieser Gebäude bzw. Wohnungen keine Daseinsvorsorge darstelle, würde die Stadt erst dann gegen § 102 GemO verstoßen, wenn diese Tätigkeit aufgenommen würde, nicht jedoch, wenn die Grundstücke erworben und mit städtebaulichen Auflagen in Form von Dienstbarkeiten wieder an Dritte veräußert würden.

Mit Urteil vom 17.09.2013 (- 6 K 3111/12 - juris) stellte das Verwaltungsgericht fest, dass die Beteiligung der Beklagten an der XXX XX XXXX XXXXXX-XXXX OHG über ihre Gesellschaft für Stadterneuerung und Stadtentwicklung Baden-Baden mbH rechtswidrig ist, und verpflichtete die Beklagte sicherzustellen, dass die von ihr beherrschte Gesellschaft für Stadterneuerung und Stadtentwicklung Baden-Baden mbH im Rahmen der Geschäftsführung der XXX XX XXXX XXXXXXXXXXXX OHG alle Maßnahmen und Erklärungen unterlässt, die auf den Erwerb des Eigentums an den Grundstücken F1St.-Nrn. XXXX und XXX der Gemarkung Baden-Baden gerichtet sind. Im Übrigen wies es die Klage ab.

Die Klägerin könne die gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der mittelbaren Beteiligung der Beklagten an der XXX XX XXXX XXXXXXXXXXXX OHG verlangen. Das gemäß § 43 Abs. 1 VwGO erforderliche Feststellungsinteresse sei gegeben. Die Klägerin könne jedenfalls eine Wiederholungsgefahr als mit der Feststellungsklage verfolgtes berechtigtes Interesse geltend machen. Der Zulässigkeit des Feststellungsbegehrens stehe auch nicht der Subsidiaritätsgrundsatz (§ 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO) entgegen. Die Klägerin könne ihre Rechte nicht mittels Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen. Insbesondere sei der auf Auflösung und Liquidation gerichtete Klageantrag unzulässig.

Die Beteiligung der Beklagten an der XXX XX XXXX XXXXXXXXXXXX OHG über ihre Gesellschaft für Stadterneuerung und Stadtentwicklung Baden-Baden mbH (GSE) verstoße gegen die qualifizierte Subsidiaritätsklausel gemäß §§ 105 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO und sei daher rechtswidrig. Einer Anwendung dieser Vorschriften stehe weder ein Bestandsschutz der GSE noch der XXX XX XXXX XXXXXXXXXXXX OHG entgegen. Die Kammer schließe sich insoweit den Ausführungen des erkennenden Senats in seinem Beschluss vom 29.11.2012 (- 1 S 1258/12 - juris Rn. 59 ff.) an.

Da sich aus § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO auch ein Unterlassungsanspruch des Konkurrenten hinsichtlich der Marktteilnahme ergebe, könne die Klägerin von der Beklagten verlangen sicherzustellen, dass die von ihr beherrschte GSE im

Rahmen der Geschäftsführung der XXX XX XXXX XXXXXXXXXXXXXXX OHG alle Maßnahmen und Erklärungen unterlässt, die auf den Erwerb des Eigentums an den Grundstücken FSt.-Nrn. XXX und XXX der Gemarkung Baden-Baden gerichtet sind.

Die Klägerin sei insoweit in eigenen Rechten betroffen und damit entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt. Dem stehe nicht entgegen, dass sie gegenwärtig keine zivilrechtlichen Ansprüche hinsichtlich der streitgegenständlichen Grundstücke habe. Denn der Grundstückskaufvertrag vom 14.10.2011 sei bislang nicht vollzogen. Mit Durchsetzung ihres auf Verhinderung des Grundstückserwerbs gerichteten Unterlassungsanspruchs halte sich die Klägerin daher eine eigene Marktteilnahme und damit eine Konkurrentenstellung offen. Hieraus ergebe sich zugleich das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin. Durch die Unterlassungsverpflichtung der Beklagten könne sie - unabhängig von den gesellschaftsrechtlichen Folgen einer außerordentlichen Kündigung des Gesellschaftsvertrags - aufgrund der gesellschaftsvertraglich vereinbarten gemeinschaftlichen Geschäftsführung (§ 8 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrags vom 13.10.2011) eine Eigentumsübertragung verhindern.

Dem Unterlassungsanspruch der Klägerin stehe inhaltlich nicht entgegen, dass sich die Regelung des § 102 Abs. 1 GemO (lediglich) auf die Beteiligung an wirtschaftlichen Unternehmen als solche und nicht auf einzelne Rechtsgeschäfte beziehe. Denn hieraus folge nur, dass derartige Rechtsgeschäfte nicht nach § 134 BGB nichtig sind. Dies berühre nicht die Verpflichtung der Beklagten, die gemeindewirtschaftsrechtlich unzulässige erwerbswirtschaftliche Betätigung zu unterlassen. Zu dieser zähle aber auch der Erwerb der streitgegenständlichen Grundstücke entsprechend dem Gesellschaftszweck der XXX XX XXXXX XXXXXXXXXXXXXXX OHG.

Ob sich ein Unterlassungsanspruch daneben auch aus §§ 3, 4 Nr. 11 UWG ergebe, könne dahinstehen, da sich hieraus keine weitergehenden Rechte ergeben würden.

Die Klage sei unzulässig, soweit darüber hinaus begehrt werde, die Beklagte zu verpflichten, die XXX XX XXXXX XXXXXXXXXXXX OHG zu kündigen und die Auflösung und Auseinandersetzung dieser Gesellschaft zu betreiben. Es fehle bereits an der Klagebefugnis entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO, da eine Konkurrenzsituation zwischen der Klägerin und der XXX XX XXXX XXXXXXXXXXXX OHG aktuell nicht bestehe, sondern eine solche durch den Unterlassungsanspruch lediglich offen gehalten werde. Die Klägerin könne sich daher insoweit nicht auf ihr Recht aus § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO berufen.

Im Übrigen vermittele die Vorschrift auch der Sache nach keinen Anspruch auf Kündigung, Auflösung und Auseinandersetzung einer unter Verstoß gegen die qualifizierte Subsidiaritätsklausel eingegangenen kommunalen Beteiligung an einer Gesellschaft. § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO vermittele Drittschutz vielmehr nur im Wege eines Unterlassungsanspruchs. Insbesondere bestehe insoweit kein Anspruch auf Auflösung bzw. Liquidation gerichteter Folgenbeseitigungsanspruch. Denn es gehe hier nicht um die Rückgängigmachung der Folgen eines rechtswidrigen Verwaltungshandelns. Die Beteiligung, deren Beseitigung die Klägerin begehre, stelle vielmehr die rechtswidrige Verwaltungshandlung selbst dar. Dementsprechend könne die Klägerin insoweit nur Unterlassungsansprüche geltend machen. Nichts anderes ergebe sich daraus, dass die Beklagte nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung objektivrechtlich gehalten sei, ihre mittelbare Beteiligung an der XXX XX XXXXX XX XXXXXXXXXXXX OHG nach Rechtskraft der gerichtlichen Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit zu beenden. Zum einen bleibe es auch dann ihr überlassen, auf welche Weise sie diese Beendigung herbeiführe. Zum anderen wäre es Sache der Aufsichtsbehörde und nicht eines Konkurrenten, dies ggf. mit den Mitteln der Kommunalaufsicht durchzusetzen.

Zur Begründung ihrer vom Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung trägt die Klägerin vor, das angefochtene Urteil sei insofern falsch, als das Verwaltungsgericht es abgelehnt habe, die Beklagte dazu zu verpflichten, die XX XX XXXX XXXXXXXXXXXX OHG zu kündigen und die Auflösung und Auseinandersetzung dieser Gesellschaft zu betreiben. Dieser Anspruch ergebe sich bereits unmittelbar aus § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO. Der nach dieser Vorschrift

gegebene Unterlassungsanspruch erschöpfe sich nicht darin, dass ein privater Anbieter nur verhindern könne, dass eine Kommune ein wirtschaftliches Unternehmen errichte, übernehme, wesentlich erweitere oder sich hieran beteilige. Nach Sinn und Zweck der qualifizierten Subsidiaritätsklausel müsse der private Anbieter darüber hinaus verlangen können, dass die Kommune die Fortsetzung eines bereits bestehenden wirtschaftlichen Unternehmens einstelle, wenn dessen Marktzutritt in Ansehung des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO unzulässig gewesen sei. Das Ziel der Vorschrift, einer übermäßigen Ausweitung erwerbswirtschaftlicher Betätigungen der Gemeinden entgegenzuwirken und die Privatwirtschaft auf grundsätzlich ihr vorbehaltenen Geschäftsfeldern vor kommunaler Konkurrenzbetätigung zu schützen, lasse sich wirksam nur dadurch erreichen, dass sich der private Anbieter auch gegen bestehende Unternehmen zur Wehr setzen und verlangen könne, dass die Kommune es unterlasse, das Unternehmen fortzuführen. Dies sei auch deshalb geboten, weil die unzulässige privatwirtschaftliche Betätigung für den privaten Anbieter häufig erst erkennbar werde, wenn das Unternehmen seinen Betrieb aufnehme und nach außen tätig werde. Unter Zugrundelegung des engen Verständnisses des Verwaltungsgerichts vom Inhalt des Unterlassungsanspruchs wäre auch die Bestandsschutzregelung, die Altunternehmen vor einer Auflösung auf der Grundlage eines nach ihrem Entstehen erlassenen Gesetzes bewahren solle, unnötig. Etwas anderes ergebe sich nicht daraus, dass zwischen der Klägerin und der XXX XX XXXXX XXXXXXXX OHG aktuell keine Konkurrenzsituation bestehe, sondern eine solche durch den Unterlassungsanspruch lediglich offen gehalten werde. Nach Sinn und Zweck der Regelung müsse sich der aus § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO ergebende Unterlassungsanspruch auch darauf erstrecken, dass das kommunale Unternehmen in dem Fall, dass sein Marktzutritt rechtswidrig gewesen sei, wieder vom Markt „abtrete“. In dem „Marktaustritt“ bestehe die Unterlassung als actus contrarius zum Markteintritt. Demgemäß müsse das Unternehmen auf Veranlassung des privaten Anbieters aufgelöst werden, was hier die Kündigung, Auflösung und Auseinandersetzung der OHG erfordere. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts bleibe es nicht der Beklagten überlassen, auf welche Weise sie diese Beendigung herbeiführe. Zöge sich die Beklagte aus der OHG lediglich zurück, indem sie ihre Gesellschaftsanteile an die XXXX XXXXXXXX GmbH &

Co. KG veräußere, bliebe das Unternehmen der Sache nach weiter existent mit allen Rechten und Pflichten, die es unter der rechtswidrigen Beteiligung der Beklagten begründet und erworben habe.

Selbst wenn man davon ausginge, dass sich ein Anspruch auf Kündigung, Auflösung und Auseinandersetzung der OHG nicht unmittelbar aus § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO ableiten ließe, sei ein solcher Anspruch jedenfalls in Gestalt eines Folgenbeseitigungsanspruchs gegeben. Dieser Anspruch, der ein Verschulden der Behörde nicht voraussetze, sei auf Wiederherstellung des ursprünglichen, durch hoheitlichen Eingriff veränderten Zustands gerichtet. Er bestehe bei allen Amtshandlungen, die rechtswidrige Folgen nach sich gezogen hätten. Die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs lägen hier vor. Folge der rechtswidrigen Beteiligung der Beklagten an der XXX XX XXXX XX XXXXXXXX OHG sei der Ankauf des XXXXXXXXXX-Areals durch diese OHG mit der Folge gewesen, dass die Klägerin ihrerseits diese Grundstücke nicht habe erwerben können. Über den Folgenbeseitigungsanspruch müsse nunmehr die Verhandlungsposition der Klägerin ohne die rechtswidrige Konkurrenz der Beklagten hergestellt werden. Dies bedinge die Auflösung der OHG, da nur hierdurch gewährleistet werde, dass auch der Kaufvertrag wieder aufgehoben und die Beigeladene in die Lage versetzt werde, die Grundstücke veräußern zu können.

Folge man dem nicht, so könne jedenfalls der Kostenausspruch in dem angefochtenen Urteil keinen Bestand haben. Es sei schlechterdings unbillig, der Klägerin ein Drittel der Kosten aufzuerlegen, da sie mit ihrem im Vordergrund stehenden Feststellungsantrag Erfolg gehabt habe. Das Interesse der Klägerin an der Auflösung der OHG trete deutlich hinter ihrem Feststellungsinteresse zurück. Diese Nachrangigkeit finde in der erstinstanzlichen Kostenentscheidung keine Berücksichtigung.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Karlsruhe vom 17.09.2013 - 6 K 3111/12 - zu ändern, soweit die Klage abgewiesen wurde, und die Beklagte zu verpflichten, die XXX XX XXXX XXXXXXXXXX OHG zu kündi-

gen und die Auflösung und Auseinandersetzung dieser Gesellschaft zu betreiben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt insoweit das angefochtene Urteil und trägt ergänzend vor: Nach dem Feststellungsausspruch (Tenor Ziff. 1 des Urteils) sei die Beklagte verpflichtet, ihre Beteiligung an der OHG zu beenden. Damit erfülle sie auch die Verpflichtung aus § 102 GemO. Der Berufungsantrag sei auf Unmögliches gerichtet, soweit zulasten der Beklagten die Verpflichtung ausgesprochen werden solle, die Auflösung und Auseinandersetzung der Gesellschaft zu betreiben. Die ordentliche Kündigung gemäß § 132 HGB sei nach § 12 des Gesellschaftsvertrags der XXX XX XXXXX XXXXXXXXXXXX OHG für den dort bestimmten Zeitraum ausgeschlossen. Die Kündigung aus wichtigem Grund sei in § 133 HGB geregelt und erfolge dort - von Gesetzes wegen - durch gerichtliche Entscheidung. Es sei allerdings anerkannt, dass im Gesellschaftsvertrag - wie hier in § 12 Satz 3 geschehen - eine außerordentliche Kündigung vorgesehen werden könne. Hier wäre mit Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung ein solcher wichtiger Grund gegeben, da die GSE ihre Verpflichtungen aus dem Gesellschaftsvertrag nicht mehr erfüllen könne, wenn sie nicht Gesellschafterin sein dürfe. Die vorzunehmende Kündigung führe nach § 131 Abs. 3 Nr. 3 HGB zum Ausscheiden der GSE aus der OHG. Mehr könne die GSE aufgrund der gesellschaftsvertraglichen und gesetzlichen Regelungen nicht tun; sie sei damit aus der OHG ausgeschieden. Die Kündigung der GSE führe zur Gesamtrechtsnachfolge der Firma XXXXX XXXXXXXXXXXX GmbH & Co. KG.

Auf die ihr am 04.03.2014 zugegangene Berufungsbegründung hin hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 03.04.2014, der am selben Tag beim Verwaltungsgerichtshof einging, Anschlussberufung eingelegt, zu deren Begründung sie im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen wiederholt. Ergänzend führt sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat aus, die Beteiligung diene auch deshalb der Daseinsvorsorge, weil mit ihr eine gemeinverträgliche Ansiedlungspolitik verfolgt werde. Es gehe darum, auch bei der Vermarktung

der Wohnungen einen gewissen Nutzungsmix sicherzustellen. Schließlich dürfe auch der fiskalische Aspekt nicht vernachlässigt werden.

Mit der Anschlussberufung beantragt die Beklagte,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Karlsruhe vom 17.09.2013 - 6 K 3111/12 - zu ändern, soweit der Klage stattgegeben wurde, und die Klage insgesamt abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Anschlussberufung der Beklagten zurückzuweisen.

Sie trägt unter Bezugnahme auf das angefochtene Urteil und ihr erstinstanzliches Vorbringen vor, die Anschlussberufung sei jedenfalls unbegründet.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt und sich nicht zur Sache geäußert.

Dem Senat liegen die einschlägigen Akten der Beklagten und des Verwaltungsgerichts sowie die Bebauungsplanakten „Zwischen Stephanien- und Vicentistraße“ vor. Hierauf sowie auf die angefallenen Gerichtsakten wird wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

#### A.

Die Anschlussberufung der Beklagten ist zulässig, aber nicht begründet.

I. Die Anschlussberufung ist nach § 127 Abs. 1 Satz 1 VwGO statthaft und auch sonst zulässig. Die Anschlussberufung wurde form- und fristgemäß beim Verwaltungsgerichtshof eingereicht (vgl. § 127 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 VwGO). Die Begründung entspricht inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Begründungsfrist, Begründung in Anschlussschrift, bestimmter Antrag, aus-

reichende Begründung; vgl. § 127 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1, Satz 2 i.V.m. 124 a Abs. 3 Sätze 2, 4 und 5 VwGO).

II. Die Anschlussberufung ist jedoch nicht begründet. Zu Recht hat das Verwaltungsgericht festgestellt, dass die mittelbare Beteiligung der Beklagten an der XXX XX XXXXX XXXXXXXXX OHG rechtswidrig ist. Ebenfalls zu Recht hat das Verwaltungsgericht die Beklagte verpflichtet sicherzustellen, dass die von ihr beherrschte GSE im Rahmen der Geschäftsführung der XXX XX XXXX XX XXXXXXXXX OHG alle Maßnahmen und Erklärungen unterlässt, die auf den Erwerb des Eigentums an den Grundstücken FSt.-Nrn. XXXXX und XXX der Gemarkung Baden-Baden gerichtet sind.

1. Entgegen der Auffassung der Beklagten hatte diese die in § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO in der Fassung des Gesetzes vom 01.12.2005 (GBl. S. 705) normierte qualifizierte Subsidiaritätsklausel, die hier über § 105 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GemO Anwendung findet, bei Abschluss des gesellschaftsrechtlichen Änderungsvertrags vom 13.10.2011, mit dem eine mittelbare Beteiligung der Beklagten an der XXX XX XXXX XXXXXXXXX OHG begründet wurde, zu beachten. Einer Anwendung dieser Vorschriften steht weder der der GSE zukommende Bestandsschutz noch ein etwaiger Bestandsschutz der XXX XX XXXXX XXXXXXXXX OHG entgegen.

a) Der der 1981 gegründeten GSE als Altunternehmen zukommende Bestandsschutz erstreckt sich nach der Gesetzessystematik und nach Sinn und Zweck der Regelung nicht auf die streitgegenständliche Beteiligung an der XXX XX XXXXX XXXXXXXXX OHG.

Die von der Beklagten favorisierte einschränkende Auslegung der §§ 105 a, 102 GemO dahingehend, dass bestehende, in zulässiger Weise tätige wirtschaftliche kommunale Betriebe zur Erfüllung ihres Gesellschaftszwecks wirtschaftliche Unternehmen errichten, übernehmen oder sich daran beteiligen dürfen, ohne dass es auf die weiteren Voraussetzungen des § 102 GemO ankäme, findet im Gesetz keine Stütze. Gegen eine solche Auslegung spricht neben der Gesetzessystematik auch der gesetzgeberische Zweck, die wirtschaftliche Betätigungsgarantie der Gemeinden zugunsten der Privatwirtschaft zurückzunehmen und dieser nicht „ohne Not“ Konkurrenz zu machen

(vgl. hierzu Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, § 102 Rn. 41 m.w.N. u.a. zur Gesetzesbegründung).

Der Gesetzgeber erweitert den Anwendungsbereich des § 102 Abs. 1 Nrn. 1 und 3 GemO in § 105 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GemO ausdrücklich auf die mittelbare Beteiligung einer Gemeinde an einem wirtschaftlichen Unternehmen über ein kommunal beherrschtes Unternehmen. § 102 Abs. 1 GemO und § 105 a Abs. 1 GemO stellen dabei für die Anwendbarkeit der einschränkenden Voraussetzungen des § 102 Abs. 1 GemO übereinstimmend darauf ab, ob eine (unmittelbare oder mittelbare) kommunale Beteiligung eingegangen werden soll oder die Kommune (unmittelbar oder mittelbar) ein wirtschaftliches Unternehmen errichtet, übernimmt oder wesentlich erweitert. Nach der gesetzlichen Konstruktion kommt es damit stets auf die Verhältnisse beim Beteiligungsunternehmen, hier der XXX XX XXXXX XXXXXXXX OHG, an. Anderes lässt sich dem Gesetz - auch und gerade für den Fall mittelbarer Beteiligungen - nicht entnehmen. Nach § 105 a Abs. 1 Satz 1 GemO darf die Gemeinde der Beteiligung eines von ihr beherrschten Unternehmens an einem anderen Unternehmen vielmehr nur zustimmen, wenn unter anderem die Voraussetzungen des § 102 Abs. 1 Nrn. 1 und 3 GemO - hinsichtlich dieses Unternehmens - vorliegen. Der Gesetzessystematik ist eine Erweiterung der Bestandsgarantie dergestalt, dass mittelbare Beteiligungen nur dann an § 102 Abs. 1 Nrn. 1 und 3 GemO zu messen sind, wenn das zwischengeschaltete kommunal beherrschte Altunternehmen bislang nicht bereits gesellschaftsvertraglich zur Eingehung von Beteiligungen berechtigt war, fremd.

Eine solche Auslegung liefe auch dem Gesetzeszweck zuwider. Denn der von der Beklagten in Anspruch genommene Bestandsschutz kann sich schlechterdings nur auf den Status quo beziehen (vgl. Kunze/Bronner/Katz, a.a.O. § 102 Rn. 41 m.w.N.; Stehlin/Grabolle, VBIBW 2007, 41 <43>). Er reicht hingegen nicht soweit, dass Gemeinden durch großzügige Regelungen in Altverträgen unbegrenzte wirtschaftliche Betätigungsfreiheit unter Freizeichnung von der gemeindewirtschaftsrechtlichen Subsidiaritätsklausel erlangt hätten. Geschützt ist vielmehr nur das bisherige wirtschaftliche Betätigungsfeld der bestehenden kommunalen Betriebe und Beteiligungsunternehmen in ihrer aktuellen Form. Darüber hinaus unterliegt die kommunale Gestaltungs- und Hand-

lungsfreiheit - zulässigerweise - den Einschränkungen des § 102 Abs. 1 GemO. Eine Freistellung von Altunternehmen mit gesellschaftsvertraglich eingeräumten Beteiligungsfreiheiten würde demgegenüber zu einer Perpetuierung der Möglichkeit erwerbswirtschaftlicher Betätigungen von Kommunen außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge und der davon ausgehenden schädlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb - insbesondere bei Beteiligung dritter Marktteilnehmer - führen. Dem sollte durch die qualifizierte Subsidiaritätsklausel gerade entgegen gewirkt werden (vgl. hierzu die Gesetzesbegründung, LT-Drucks. 13/4767 vom 25.10.2005, S. 7, 9). Die bundesrechtlichen Vorschriften des HGB und des GmbHG über die ordnungsgemäße Geschäftsführung stehen einer solchen Auslegung der §§ 105 a, 102 GemO nicht entgegen.

b) Auch die XXX XX XXXXX XXXXXXXXXXXX OHG genießt keine Bestandsgarantie, die einer Anwendung der §§ 105 a, 102 GemO auf die Änderung des Gesellschaftsvertrags am 13.10.2011 entgegenstünde. Denn mit dem Änderungsvertrag wurde der Unternehmenszweck nicht nur wesentlich erweitert, sondern vollständig neu bestimmt. Lag dieser ursprünglich im Erwerb des Grundstücks FSt.-Nr. XXXXXX in Baden-Baden-Lichtental sowie der Errichtung, der ganzen oder teilweisen Aufteilung nach dem WEG, dem Verkauf - auch als Bauträger im Sinne von § 34 c GewO - und der Vermietung einer Wohnanlage für betreutes Wohnen auf diesem Grundbesitz (§ 2 des Gesellschaftsvertrags vom 11.07.2005), ist er nunmehr auf den Erwerb der streitgegenständlichen Grundstücke sowie die städtebauliche Entwicklung, die Errichtung von Gebäuden, die ganze oder teilweise Aufteilung nach dem WEG und den Verkauf - auch als Bauträger im Sinne von § 34 c GewO - gerichtet (vgl. § 2 des Gesellschaftsvertrags vom 13.10.2011). Vor diesem Hintergrund ist auch die Umfirmierung erfolgt. Es liegt auf der Hand, dass die Entwicklung und Vermarktung eines neuen Stadtquartiers der streitgegenständlichen Größenordnung in der Kernstadt von Baden-Baden ein qualitativ und quantitativ grundlegend anderes wirtschaftliches Betätigungsfeld mit entsprechend veränderten Marktauswirkungen darstellt als die Projektierung und Vermarktung einer Wohnanlage für betreutes Wohnen im Ortsteil Lichtental. Angesichts des erfolgten kompletten Austauschs des Gesellschaftszwecks gilt für die

XXX XX XXXX XXXXXXXXXXXXXXXX OHG kein Bestandsschutz (so auch Engel/Klimpel, VBIBW 2013, 161 <162>).

2. Die Beklagte wird mit ihrer mittelbaren Beteiligung an der XXX XX XXXX XXXXXXXXXXXXXXXX OHG auch nicht auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge tätig.

Hierzu hat der Senat in seinem Beschluss vom 29.11.2012 - 1 S 1258/12 - ausgeführt (juris Rn. 61 - 71):

„(1) Die in § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO formulierte qualifizierte Subsidiaritätsklausel bezieht sich, wie schon die zuvor geltende einfache Subsidiaritätsklausel des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO i.d.F. des Gesetzes vom 19.07.1999 (GBl. S. 292), auf ein Tätigwerden der Kommunen außerhalb der Daseinsvorsorge. Wird eine Kommune im Rahmen der Daseinsvorsorge tätig, handelt sie im Kernbereich des ihr verfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstverwaltungsrechts. In diesem Bereich soll im Rahmen der insoweit unverändert fortbestehenden gesetzlichen Vorgaben auch unter Geltung der durch das Gesetz vom 01.12.2005 (GBl. S. 705) eingeführten qualifizierten Subsidiaritätsklausel die bisher bestehende Handlungsfreiheit erhalten bleiben (vgl. LT-Drs. 13/4767 S. 9). Durch die Freistellung der Gemeinden von der Subsidiaritätsklausel im Rahmen der Daseinsvorsorge wird der Selbstverwaltungsgarantie gerade mit Blick darauf Rechnung getragen, dass die Daseinsvorsorge zu dem von Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Kernbereich gehört.

Eine Legaldefinition des Begriffs der Daseinsvorsorge enthält die Gemeindeordnung nicht. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers ist der Begriff relativ weit zu verstehen und umfasst nicht nur die klassischen Versorgungs- und Entsorgungsbereiche wie die Wasser- und Energieversorgung, die Abfallentsorgung und die Abwasserbeseitigung. Vielmehr fallen unter den Begriff der Daseinsvorsorge nach der Gesetzesbegründung (LT-Drs. 12/4055 S. 24), jeweils grundsätzlich bezogen auf den örtlichen Wirkungskreis, „unstreitig z.B. die Stadtplanung und Stadtentwicklung, der soziale Wohnungsbau, die kommunale Wirtschaftsförderung in Form der Bereitstellung der notwendigen Infrastruktur, Maßnahmen im Zusammenhang mit der kommunalen Sozial- und Jugendhilfe, das Krankenhauswesen, die Förderung von Kultur, Bildung und Sport, der öffentliche Personennahverkehr, die Wasser- und Energieversorgung sowie die kommunale Entsorgungswirtschaft (Abfall und Abwasser).“ Die Aufzählung soll, wie die Einleitung zeigt („unstreitig z.B.“), nicht abschließend zu verstehen sein. Mit Blick auf den Zweck der Ausnahme, die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden in dem durch die institutionelle Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG und des Art. 71 LV verfassungsrechtlich geschützten Umfang zu sichern, ist aber jeweils zu prüfen, ob die wirtschaftliche Betätigung im konkreten Fall tatsächlich in einem vom kommunalen Selbstverwaltungsrecht geschützten Bereich erfolgt. Der Begriff der Daseinsvorsorge ist dabei nicht auf Maßnahmen beschränkt, die für das Leben und Zusammenle-

ben der Bürger in einer kommunalen Gemeinschaft existenziell notwendig sind. Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass die Gemeinden der Privatwirtschaft nicht ohne Not schrankenlos Konkurrenz machen sollen. Ziel der verschärften Subsidiaritätsklausel ist es, die wirtschaftliche Betätigungsgarantie der Gemeinden begrenzt zugunsten der Privatwirtschaft zurückzunehmen (Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung für BW, 4. Aufl., § 102 Rn. 41). Angesichts dieser „mittleren Linie“ des Gesetzgebers im Verhältnis der Privat- zur Kommunalwirtschaft verbietet sich eine Auslegung, bei der für die Subsidiaritätsklausel kein nennenswerter Anwendungsbereich verbleibt. Ausgehend von der gesetzgeberischen Zielsetzung für die Klausel und der historisch gewachsenen Kommunalwirtschaft ist auf der Grundlage einer interessenabwägenden, die Belange der Privat- und der Kommunalwirtschaft gleichermaßen berücksichtigenden Betrachtungsweise zu bewerten und zu entscheiden, ob eine wirtschaftliche Betätigung unter den Begriff der Daseinsvorsorge fällt (ebenso Kunze/Bronner/Katz, a.a.O. Rn. 42 m.w.N.; ähnlich Werner, VBIBW 2001, 206 <210>; für eine deutlich engere Auslegung der Ausnahme: Uechtritz/Ottinger/Olgemöller, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl., § 6 Rn. 91).

Für die Frage, ob eine kommunale Beteiligung an einem wirtschaftlichen Unternehmen der Daseinsvorsorge zuzuordnen ist, ist zunächst auf den Schwerpunkt der Tätigkeit abzustellen. Ist die Tätigkeit eines solchen Unternehmens schwerpunktmäßig der Daseinsvorsorge zuzuordnen, kann es in Betracht kommen, damit verbundene untergeordnete Tätigkeiten, die bei isolierter Betrachtung nicht als Tätigkeiten auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge angesehen werden könnten, noch als Annex oder sinnvolle Abrundung der Daseinsvorsorge zuzuordnen. Lässt sich demgegenüber bereits der Tätigkeitsschwerpunkt nicht der Daseinsvorsorge zuordnen, so wird regelmäßig die gesamte Tätigkeit an der Subsidiaritätsklausel des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO zu messen sein, auch wenn einzelne untergeordnete Tätigkeiten einen gewissen Bezug zur Daseinsvorsorge aufweisen.

(2) Daran gemessen ist die XXX XX XXXXX XXXXXXXX oHG außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge tätig. Der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit liegt bei objektiver Betrachtung im Erwerb der streitgegenständlichen Grundstücke, der Errichtung von Gebäuden auf diesen Grundstücken, der Aufteilung nach dem WEG und dem Verkauf - auch als Bauträger im Sinn von § 34 c GewO - der zu errichtenden Wohneinheiten. Hierbei handelt es sich um eine erwerbswirtschaftliche Betätigung, die sich in nichts von der eines beliebigen privaten Bauträgers unterscheidet. Eine solche Tätigkeit kann nur dann dem Begriff der Daseinsvorsorge zugeordnet werden, wenn die Art der Bebauung Zwecken der Daseinsvorsorge dient. Dies wäre etwa der Fall, wenn auf den Grundstücken öffentliche Einrichtungen oder Einrichtungen der Wasser- und Energieversorgung errichtet werden sollten. Bei Verfolgung derartiger Zwecke hätte die Gemeinde auch - bei entsprechender Festsetzung in einem Bebauungsplan - ein Vorkaufsrecht nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB. Auch eine Bebauung mit Sozialwohnungen oder die Schaffung

von Wohnraum für Personengruppen mit besonderem Wohnbedarf (vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 8 BauGB), die auf dem freien Wohnungsmarkt besondere Schwierigkeiten haben, mag unter den Begriff der Daseinsvorsorge subsumiert werden können. Hier geht es jedoch um den Bau von Wohnungen für den gehobenen Wohnbedarf. Zielgruppe auf Käuferseite sind Personen, deren Wohnbedürfnisse typischerweise durch die Privatwirtschaft adäquat befriedigt werden.

Nichts anderes folgt daraus, dass Gesellschaftszweck ausweislich des Gesellschaftsvertrages vom 13.10.2011 auch die städtebauliche Entwicklung auf den beiden Grundstücken ist. Zwar lässt sich die Stadtplanung und Stadtentwicklung abstrakt dem Begriff der Daseinsvorsorge zuordnen. Die Anwendung des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO ist jedoch nur dann ausgeschlossen, wenn das wirtschaftliche Unternehmen, an dem die Gemeinde beteiligt ist, tatsächlich Tätigkeiten auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge entfaltet. Fehlt es im konkreten Einzelfall an Tätigkeiten von einigem Gewicht, die der Daseinsvorsorge zugeordnet werden können und die zudem der erwerbswirtschaftlichen Betätigung nicht völlig untergeordnet sein dürfen, so kann die bloße Benennung der städtebaulichen Entwicklung als Gesellschaftszweck die Anwendung der Subsidiaritätsklausel nicht ausschließen.

Hier erfolgt die Bauleitplanung im eigentlichen Sinne unter Einsatz der dafür im BauGB vorgesehenen Instrumente und Verfahren. Zu Recht hat die Antragsgegnerin mit Blick auf die Lage und Beschaffenheit der Grundstücke und die daraus resultierende Bedeutung der künftigen Bebauung für eine geordnete städtebauliche Entwicklung von ihrem Planungsermessen dahingehend Gebrauch gemacht, dass sie die Erforderlichkeit der Bauleitplanung (§ 1 Abs. 3 BauGB) bejaht und einen Aufstellungsbeschluss für einen Bebauungsplan gefasst hat. Ihre städtebaulichen Vorstellungen insbesondere hinsichtlich der Kubatur der künftigen Bebauung kann die Antragsgegnerin in vollem Umfang durch Festsetzungen nach § 9 BauGB verwirklichen. Nach dieser Vorschrift können insbesondere die Art und das Maß der baulichen Nutzung (§ 9 Abs. 1 Nr. 1) sowie die Bauweise, die überbaubaren und die nicht überbaubaren Grundstücksflächen und die Stellung der baulichen Anlagen (§ 9 Abs. 1 Nr. 2) festgesetzt werden. Hält die Antragsgegnerin eine Herabzonung der Kubatur städtebaulich für erforderlich, ist es ihr auch verwehrt, auf derartige Festsetzungen zu verzichten und stattdessen zu versuchen, ihre städtebaulichen Vorstellungen unter Umgehung des Instrumentariums der Bauleitplanung über die Beteiligung an dem Bauträger umzusetzen. Die Erforderlichkeit eines Bebauungsplans und seiner einzelnen Festsetzungen bestimmt sich nach § 1 Abs. 3 BauGB. Die Antragsgegnerin würde daher die Grenzen ihres Planungsermessens überschreiten, wenn sie die städtebauliche Erforderlichkeit einer Herabzonung der Kubatur bejahte, entsprechende Festsetzungen im Bebauungsplan aber unterließe. Gleiches gilt für die Festsetzung einer Kaltluftschneise, die nach § 9 Abs. 1 Nr. 10 BauGB erfolgen kann (vgl. BVerwG, Beschl. v. 27.01.1999 - 4 B 129.98 - NVwZ 1999, 878).

Nichts anderes folgt daraus, dass der gegenwärtige Gebäudebestand eine Kubatur aufweist, die mit den städtebaulichen Vorstellungen der Antragsgegnerin nicht vereinbar ist. Die Antragstellerin beabsichtigt nicht, das von der Beigeladenen unterhaltene Pflegeheim weiterzubetreiben, und es kann auch ausgeschlossen werden, dass ein anderer privater Investor eine solche Absicht hätte. Vielmehr würde jeder gewinnorientierte private Unternehmer - ebenso wie die XXX XX XXXX XX XXXXXXXXXXXX oHG - eine hochwertige Wohnbebauung anstreben. Dies würde eine Nutzungsänderung darstellen, die eine Berufung auf Bestandsschutz aus früheren Baugenehmigungen, auch wenn sie noch fortbestehen, ausschließt (vgl. VGH Bad.-Württ., Urte. v. 03.09.2012 - 3 S 2236/11 - juris m.w.N.). Es ist daher unschädlich, dass der Abriss der vorhandenen Bebauung zum Zweck eines in der Kubatur verminderten Wiederaufbaus nicht nach § 9 BauGB festgesetzt werden könnte.

Auch aus der der Beigeladenen am 03.08.2009 erteilten Baugenehmigung, die diese für die damals geplante, dann aber nicht realisierte Erweiterung ihres Pflegeheims beantragt hatte, folgt bei einer Nutzungsänderung kein Bestandsschutz. Im Übrigen dürfte diese Baugenehmigung zwischenzeitlich nach § 62 Abs. 1 LBO erloschen sein.

Der XXX XX XXXX XXXXXXXXXXXX oHG sind auch im Rahmen der Bauleitplanung keine Tätigkeiten nach § 4 b BauGB übertragen worden. Diese Vorschrift bestimmt abschließend, welche der Bauleitplanung zuzurechnenden Tätigkeiten auf Dritte übertragen werden können (vgl. BVerwG, Urte. v. 25.11.2005 - 4 C 15.04 - BVerwGE 124, 385 <394>). Zwar hat sich die XXX XX XXXX XXXXXXXXXXXX oHG in § 2 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrages vom 13.10.2011 zur Durchführung eines städtebaulichen Wettbewerbs und der Umsetzung des Ergebnisses dieses Wettbewerbs verpflichtet, doch tatsächlich hat die Antragsgegnerin die Durchführung dieses Wettbewerbs auf das Büro XXXXXX Architekten/Stadtplaner übertragen. Nachdem die XXX XX XXXX XXXXXXXXXXXX oHG somit auch keinerlei die Bauleitplanung vorbereitende oder unterstützende Tätigkeit im Sinn des § 4 b BauGB entfaltet hat, kann der Senat offen lassen, ob derartige Tätigkeiten überhaupt von hinreichendem Gewicht wären, um ein Tätigwerden innerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge zu bejahen und damit die Anwendung des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO auszuschließen.

Die Möglichkeit der Antragsgegnerin, über die Beteiligung an der XXX XX XXXX XXXXXXXXXXXX oHG den Zeitpunkt der Weiterveräußerung der geplanten Wohnungen zu steuern und durch eine eigene Preisgestaltung regulierend in das Marktgeschehen einzugreifen, wäre nur dann der Daseinsvorsorge zuzuordnen, wenn es sich um Sozialwohnungen oder Wohnungen für Personengruppen mit besonderem Wohnbedarf handeln würde. Geht es demgegenüber - wie hier - um Wohnungen für den gehobenen Wohnbedarf, dienen Eingriffe in das Marktgeschehen nicht der Daseinsvorsorge.

Nach alledem lässt sich keine der von der XXX XX XXXX XXXXXXXXXXXX oHG zu erbringenden Tätigkeiten der Daseinsvorsorge zuordnen. Allein

der Umstand, dass die oHG eher als ein privater Dritter bereit sein mag, die Festsetzungen eines Bebauungsplans hinzunehmen und die bauliche Ausnutzbarkeit der Grundstücke nicht gerichtlich klären zu lassen, stellt kein Tätigwerden im Sinn des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO dar. Wollte man dies anders sehen, wären dem Erwerb und der Bebauung von Grundstücken durch die Gemeinden kommunalrechtlich keinerlei Grenzen gesetzt. Dies wäre mit Sinn und Zweck der Subsidiaritätsklausel nicht zu vereinbaren.“

An dieser Bewertung hält der Senat fest. Das Vorbringen der Beklagten im Klage- und im Berufungsverfahren rechtfertigt keine andere Beurteilung:

Soweit die Beklagte vorträgt, die der Beigeladenen erteilte Baugenehmigung vom 03.08.2009 zur Erweiterung des bestehenden Pflegeheims sei aufgrund eines laufenden, derzeit ruhenden Widerspruchsverfahrens nicht gemäß § 62 Abs. 1 LBO erloschen, ist dies nicht entscheidungsrelevant. Maßgeblich ist vielmehr, dass jeder gewinnorientierte private Investor eine hochwertige Wohnbebauung anstreben würde, die eine Nutzungsänderung darstellen würde. Insoweit würden aber frühere Baugenehmigungen wie auch diejenige vom 03.08.2009 unabhängig davon, ob sie noch wirksam ist, keinen Bestandschutz begründen. Eine Nutzungsänderung läge auch vor, wenn - was äußerst unrealistisch erscheint - ein Investor das bestehende Gebäude erhalten und darin etwa kleinere Wohneinheiten wie Ein- oder Zweizimmerappartements einrichten wollte. Ein darauf zielender Bauantrag wäre an den Festsetzungen des am 26.07.2014 bekannt gemachten Bebauungsplans „Zwischen Stephanien- und Vincentistraße“ zu messen. Da das bestehende Pflegeheim teilweise nicht auf der überbaubaren Grundstücksfläche liegt (vgl. Teil A 4. der planungsrechtlichen Festsetzungen in Verbindung mit der Planzeichnung), wäre die Erteilung einer Befreiung nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 BauGB erforderlich. Nach dieser Vorschrift könnte von den Festsetzungen des Bebauungsplans befreit werden, wenn die Grundzüge der Planung nicht berührt würden, die Abweichung städtebaulich vertretbar wäre und die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar wäre. Hier wären die Grundzüge der Planung, d.h. das planerische Grundkonzept, berührt. Ausweislich der Begründung des Bebauungsplans dient die sehr exakte Definition der Lage der Gebäude durch Baulinien und Baugrenzen sowie eine meist zwingend vorgeschriebene Anzahl der Vollgeschosse der Verwirklichung des planerischen Grundkonzepts. Durch sie soll

in der meist exponierten Hanglage ein stimmiges Gesamtbild entstehen, das sich in die Stadtstruktur Baden-Badens einfügt (vgl. Drucks.-Nr. 14.008 Anlage 3 S. 10).

Danach ist nicht ersichtlich, weshalb es einer Eigentümerstellung der Beklagten bzw. der XXX XX XXXX XXXXXXXXXXXX OHG bedarf, um einen Abriss des Pflegeheims und die erstrebte städtebauliche Aufwertung des Areals sicherzustellen.

Unerheblich ist ferner, dass neben der Beklagten, welche sich hierbei der Unterstützung der Firma XXXXX Architekten und Stadtplaner bedient hat (Bl. 237 ff. der Verwaltungsakten), auch die XXX XX XXXX XXXXXXXXXXXX OHG einen weiteren städtebaulichen Wettbewerb ausgelobt hat, der vom selben Planungsbüro betreut wurde (vgl. Bl. 383 ff. der Verwaltungsakten). Denn der Vorbereitung der Bauleitplanung im Sinne von § 4 b BauGB diene ausdrücklich nur der erste, von der Beklagten ausgelobte Wettbewerb (vgl. die Definition des Wettbewerbszwecks auf Bl. 247 der Verwaltungsakten). Als Grundlage des Bebauungsplans wurde der dortige Siegerentwurf ausgewählt. Bei dem von der XXX XX XXXX XXXXXXXXXXXX OHG ausgelobten Wettbewerb handelte es sich demgegenüber um einen reinen Realisierungswettbewerb (Bl. 393 der Verwaltungsakten) und damit nicht um eine Tätigkeit im Sinne von § 4 b BauGB. Im Übrigen ist auch nicht erkennbar, welchen öffentlichen, der kommunalen Daseinsvorsorge zuzurechnenden Zweck die XXX XX XXXX XX XXXXXXXXXXXX OHG in ihrer Stellung als Ausloberin neben dem den Wettbewerb durchführenden Planungsbüro verfolgt haben soll.

Die Beklagte hat ferner auch keine Einschätzungsprärogative, welche Tätigkeiten sie in ihrem kommunalen Wirkungskreis dem Bereich der Daseinsvorsorge zuordnet. Bei dem Begriff der kommunalen Daseinsvorsorge handelt es sich vielmehr um einen unbestimmten Rechtsbegriff, welcher der gerichtlichen Kontrolle unterliegt (so auch Otting/Olgemöller, KomJur 2014, 201 <204>). Ein gewisser Beurteilungsspielraum besteht insoweit nur hinsichtlich der konkreten Feststellung der Gemeinwohlbedürfnisse mit Blick auf sich wandelnde örtliche Verhältnisse, finanzielle Möglichkeiten und andere individuelle Faktoren vor Ort (vgl. Kunze/Bronner/Katz, a.a.O. § 102 Rn. 22, 32 m.w.N.). Die

Gemeinde kann sich durch eine entsprechende Definition des Gemeinwohls hingegen nicht den gemeindewirtschaftsrechtlichen Zulässigkeitsbeschränkungen gemäß § 102 Abs. 1 GemO entziehen.

Die Tätigkeit der XXX XX XXXX XXXXXXXXXXXX OHG kann aber auch unter Berücksichtigung der insoweit geltend gemachten besonderen Bedeutung des streitgegenständlichen Areals für das Stadtbild und die Baukultur in Innenstadtlage nicht der Daseinsvorsorge zugerechnet werden. Diese betätigt sich nach ihrem Gesellschaftszweck vielmehr schwerpunktmäßig als Bauträger und damit erwerbswirtschaftlich im Wettbewerb mit anderen Marktteilnehmern. Weitergehende Bindungen, mit denen konkrete Zwecke der Daseinsvorsorge erreicht werden sollen, sind gesellschaftsrechtlich nicht vereinbart.

Soweit in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ergänzend geltend gemacht wurde, die Beteiligung diene auch deshalb der Daseinsvorsorge, weil mit ihr eine gemeinverträgliche Ansiedlungspolitik verfolgt werde und es darum gehe, auch bei der Vermarktung der Wohnungen einen gewissen Nutzungsmix sicherzustellen, kann damit die Beteiligung an der XXX XX XXXX XXXXXXXXXXXX OHG nicht nachträglich gerechtfertigt werden. Vielmehr muss die Beklagte sich daran festhalten lassen, welche Ziele sie im Zeitpunkt der Entscheidung über diese Beteiligung als wesentlich erachtet hat. Maßgebliche Bedeutung kommt daher der Gemeinderatsbeschlussvorlage 11.305 vom 11.07.2011 zu, die der Beschlussfassung über die am 13.10.2011 erfolgte Änderung des Gesellschaftsvertrags zugrundelag. Im Übrigen weist auch das ergänzende Vorbringen nicht auf ein Tätigwerden auf dem Gebiet der kommunalen Daseinsvorsorge. Dass es um den Bau von Wohnungen für den gehobenen Wohnbedarf geht, wird auch von der Beklagten zugestanden. Die Feinsteuerung bei der Vermarktung mit dem Ziel, innerhalb dieses Marktsegments einen gewissen Nutzungsmix zu erreichen, lässt sich nicht der Daseinsvorsorge zuordnen. Gleiches gilt für die - ebenfalls erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat angeführten - fiskalischen Interessen. Die Verfolgung fiskalischer Interessen ist bereits kein öffentlicher Zweck im Sinn des § 102 Abs. 1 Nr. 1 GemO, der geeignet wäre, die wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde zu rechtfertigen (vgl. Hafner, in: Aker/Hafner/

Notheis, Gemeindeordnung, Gemeindehaushaltsverordnung Baden-Württemberg, § 102 GemO Rn. 57 ff.).

3. Von einer weiteren Darstellung der Entscheidungsgründe sieht der Senat nach § 130 b Satz 2 VwGO ab.

## B.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig, aber nur in geringem Umfang begründet.

I. Die Berufung ist nach Zulassung durch das Verwaltungsgericht statthaft und auch sonst zulässig. Sie wurde form- und fristgerecht beim Verwaltungsgericht eingelegt (vgl. § 124 a Abs. 2 VwGO). Die innerhalb der vom Vorsitzenden verlängerten Begründungsfrist beim Verwaltungsgerichtshof eingereichte Berufungsbegründung entspricht auch inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (bestimmter Antrag, Anführung von Berufungsgründen; vgl. § 124 a Abs. 3 Satz 4 VwGO).

II. Der auf Kündigung der OHG, Auflösung und Auseinandersetzung dieser Gesellschaft gerichtete Klagantrag ist zulässig, aber in der Sache unbegründet. Allerdings ist auf die Berufung die vom Verwaltungsgericht getroffene Kostenentscheidung zu ändern.

1. Die Klage ist als allgemeine Leistungsklage zulässig. Es fehlt auch nicht an der erforderlichen Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO entsprechend). Die Klägerin kann sich bezüglich dieses Klagantrags ebenfalls auf die Schutznorm des § 102 Abs. 1 Nr. 3 (i.V.m. § 105 a Abs. 1 Nr. 1) GemO berufen. Wie weit die Ansprüche aus § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO gehen und ob ggf. ein Anspruch auf Folgenbeseitigung besteht, ist keine Frage der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit der Klage.

2. Die Klage hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Der geltend gemachte Anspruch ergibt weder aus § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO noch aus dem allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch.

a) Aus § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO folgt ein Anspruch auf Unterlassung der unzulässigen wirtschaftlichen Betätigung, hier der mittelbaren Beteiligung der Beklagten an der XXX XX XXXXX XXXXXXXX OHG. Ist - wie hier - die Beteiligung bereits erfolgt, kann der private Konkurrent auch verlangen, dass die Gemeinde die Fortführung eines bereits bestehenden Unternehmens einstellt. Der Unterlassungsanspruch reicht so weit wie der Tatbestand des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO (Stehlin/Grabolle, VBIBW 2007, 41 <42>), er ist also bei bereits erfolgter Beteiligung auf Rückgängigmachung gerichtet, soweit dies rechtlich möglich ist. Dieses Rechtsschutzziel hat die Klägerin jedoch bereits mit dem Feststellungsausspruch erreicht. Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte als öffentlich-rechtliche Körperschaft dem Feststellungsurteil nach Eintritt der Rechtskraft nachkommen wird (vgl. VGH Bad.-Württ., Urt. v. 28.10.1999 - 5 S 2149/97 - NVwZ 2000, 1304 <juris Rn. 52 m.w.N.>).

Mit dem Streitgegenständlichen Berufungsantrag geht es der Klägerin jedoch nicht um das Ob, sondern um das Wie der Beendigung der unzulässigen wirtschaftlichen Betätigung. Sie will erreichen, dass die Beteiligung durch Kündigung der OHG, Auflösung und Auseinandersetzung dieser Gesellschaft beendet wird. Ein solcher Anspruch lässt sich aus § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO nicht ableiten. Es muss der Beklagten überlassen bleiben, ob sie über die von ihr beherrschte GSE ihre Beteiligung an der OHG an einen privaten Dritten veräußert oder ob sie die OHG aus wichtigem Grund - Unzulässigkeit der Beteiligung wegen Verstoßes gegen § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO - kündigt (vgl. § 131 Abs. 3 Nr. 3 HGB). Soweit der Senat in seinem Beschluss vom 29.11.2012 (a.a.O. Rn. 54) ausgeführt hatte, dass die Beklagte verpflichtet sei, die OHG aus wichtigem Grund zu kündigen, hält er daran nicht fest. Er hatte bei der im Eilverfahren vorgenommenen summarischen Prüfung nicht im Blick, dass die Beteiligung auch auf andere Weise, etwa durch Anteilsveräußerung, beendet werden kann.

Im Falle der Anteilsveräußerung würde die Gesellschaft mit einem neuen Gesellschafter fortgesetzt. Die Kündigung würde gemäß § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 HGB mangels abweichender vertraglicher Bestimmung zum Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters, d.h. der GSE, führen. Da mit Aus-

scheiden der GSE nur noch ein Gesellschafter, die XXXX XXXXXXXX GmbH & Co. KG, übrigbliebe, wäre Folge des Ausscheidens das Erlöschen der Gesellschaft. Das Gesellschaftsvermögen ginge im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den verbliebenen Gesellschafter über (Roth, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl., § 131 Rn. 35 m.w.N.). Der GSE stünden Abfindungsansprüche nach § 13 des Gesellschaftsvertrages zu.

Fehl geht der Hinweis der Klägerin auf § 133 HGB. Ihr Klagantrag zielt - anknüpfend an die Ausführungen des Senats in seinem Beschluss vom 29.11.2012 - auf eine Kündigung aus wichtigem Grund und nicht auf Erhebung einer Auflösungsklage bei Gericht nach § 133 HGB. Eine Auflösungsklage dürfte zudem kaum Aussicht auf Erfolg haben, wenn - wie hier - der wichtige Grund allein in einem rechtswidrigen Verhalten des klagenden Gesellschafters liegt und dem anderen Gesellschafter kein Fehlverhalten zur Last fällt. Denn nach dem Grundsatz der Auflösung als ultima ratio haben Abhilfemaßnahmen, die den Fortbestand der Gesellschaft sichern, Vorrang vor der Auflösung. Die Auflösungsklage ist demgemäß grundsätzlich dann abzuweisen, wenn die Ausschließung des Auflösungsklägers gerechtfertigt ist. Unter Umständen muss sich der Auflösungskläger unter dem Gesichtspunkt des Vorrangs zumutbarer Anpassungsmaßnahmen auch auf ein Ausscheiden aus der Gesellschaft verweisen lassen (vgl. OLG Köln, Urt. v. 19.12.2013 - 18 U 218/11 - juris Rn. 246 m.w.N.).

b) Die Klägerin vermag sich auch nicht auf den allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch zu stützen. Der Folgenbeseitigungsanspruch entsteht, wenn durch einen hoheitlichen Eingriff in ein subjektives Recht ein noch andauernder rechtswidriger Zustand geschaffen worden ist; er ist auf die Wiederherstellung des ursprünglichen rechtmäßigen Zustandes gerichtet (st. Rspr.; vgl. BVerwG, Urt. v. 15.06.2011 - 9 C 4.10 - BVerwGE 140, 34 <juris Rn. 18>; Urt. v. 19.03.2014 - 6 C 8.13 - DVBI 2014, 856 m.w.N.).

Rechtswidriger Zustand ist hier die mittelbare Beteiligung der Beklagten an der XXX XX XXXX XXXXXXXXXXXX OHG. Dieser Zustand wird mit Veräußerung des von der GSE gehaltenen Anteils oder mit Kündigung der Gesellschaft

vollständig beseitigt. Der Abschluss des Kaufvertrags zwischen der Beigeladenen und der XXX XX XXXXX XXXXXXXXXXXX OHG ist demgegenüber keine unmittelbare Folge der Beteiligung der Beklagten an der OHG. Zwar spricht einiges dafür, dass die kommunale Beteiligung an der OHG die Beigeladene dazu bewogen haben mag, die Grundstücke an diese und nicht zu einem höheren Preis an die Klägerin zu verkaufen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass es sich bei diesem Grundstückskaufvertrag um ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten handelt, das wirksam geschlossen wurde und weder nach § 134 BGB noch nach § 138 BGB nichtig ist. Ein Anspruch auf Rückabwicklung dieses Kaufvertrags kann der Klägerin auch unter dem Aspekt der Folgenbeseitigung nicht zustehen. Ob die Beteiligung der Beklagten an der OHG tatsächlich kausal war für den Abschluss des Grundstückskaufvertrags, muss im vorliegenden Verfahren auch nicht weiter aufgeklärt werden. Denn der Folgenbeseitigungsanspruch kann mangels gesetzlicher Vorschriften keine vom Herstellungsanspruch - der mit der Beendigung der Beteiligung erfüllt ist - losgelöste Haftung für etwaige Schäden begründen, die durch rechtswidriges Verwaltungshandeln entstanden sind (vgl. BVerwG, Urt. v. 15.06.2011 - 9 C 4.10 - a.a.O. Rn. 20 m.w.N.). § 102 GemO untersagt nicht die Vornahme einzelner Rechtsgeschäfte durch ein Unternehmen mit kommunaler Beteiligung, sondern die Beteiligung als solche.

Auch bei Anwendung der §§ 3, 4 Nr. 11 UWG wäre ein solcher Folgenbeseitigungsanspruch nicht gegeben. Der bei wettbewerbswidrigem Verhalten am Markt gegebene Unterlassungsanspruch zielt auf die künftige Unterlassung des wettbewerbswidrigen Verhaltens. Dem entsprechend wurde hier die Beklagte verurteilt, sicherzustellen, dass die von ihr beherrschte GSE im Rahmen der Geschäftsführung der OHG alle Maßnahmen und Erklärungen unterlässt, die auf den Erwerb des Eigentums an den betreffenden Grundstücken gerichtet sind.

Ist dem den Unterlassungsanspruch geltend machenden Mitbewerber ein Schaden entstanden, kann er ggf. daneben Ansprüche auf Auskunft und Schadensersatz geltend machen. Auf derartige Ansprüche zielt der vom Verwaltungsgericht abgewiesene Klagantrag, der Gegenstand des Berufungsver-

fahrens ist, jedoch nicht. Eine Rückabwicklung von Rechtsgeschäften mit Dritten, wie sie der Klägerin vorschwebt, kann auch nach den §§ 3, 4 Nr. 11 UWG nicht beansprucht werden.

3. Die Klägerin kann jedoch eine Änderung der Kostenentscheidung beanspruchen (unten C.). § 158 Abs. 1 VwGO steht nur einer isolierten Anfechtung der Kostenentscheidung entgegen, hindert aber nicht die Überprüfung und ggf. Änderung der erstinstanzlichen Kostenentscheidung, wenn - wie hier - zugleich die Sachentscheidung angegriffen wird. Auch bei Zurückweisung der Berufung im Übrigen kann daher eine andere Kostenquotelung getroffen werden.

### C.

I. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 155 Abs. 1 Satz 1, 162 Abs. 3 VwGO.

1. Auch bei einem Anschlussrechtsmittel ist nach dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung diese einheitlich zu treffen (Senatsurteil vom 30.07.2014 - 1 S 1352/13 - DVBl 2014, 1326 <juris Rn. 113 m.w.N.>).

2. Für die vom Verwaltungsgericht vorgenommene Kostenteilung (Klägerin 1/3, Beklagte 2/3) spricht zwar neben dem formalen Argument, dass die Klägerin mit einem von drei Anträgen unterlegen ist, der Umstand, dass es der Klägerin nach ihrem Rechtsschutzziel nicht nur um die Unterlassung der gegen § 105 a Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO verstoßenden wirtschaftlichen Betätigung der Beklagten ging, sondern um die Kündigung, Auflösung und Auseinandersetzung der OHG. Entgegen dem Berufungsvorbringen leitet sich der auf Kündigung, Auflösung und Auseinandersetzung der OHG gerichtete Klagantrag auch nicht bereits aus dem Feststellungsantrag ab und ist diesem untergeordnet, weil die Klägerin gerade keinen Anspruch darauf hat, dass die Beklagte ihre Beteiligung an der OHG auf eine bestimmte Weise beendet.

Die vom Verwaltungsgericht vorgenommene Kostenverteilung spiegelt jedoch das Verhältnis von gegenseitigem Obsiegen und Unterliegen nicht angemessen wider, weil die Klägerin ihr eigentliches Ziel, nämlich die Rückabwicklung des Grundstücksgeschäfts und die Wiederherstellung des status quo ante, d.h. eine offene Wettbewerbssituation, die es ihr ermöglicht, wieder um die Grundstücke mitzubieten, auch dann nicht erreichen könnte, wenn die Beklagte zur Kündigung und Auflösung der OHG verpflichtet würde. Wie oben dargestellt, ergibt sich aus den Vorschriften des HGB zwingend die Gesamtrechtsnachfolge der verbleibenden GmbH & Co. KG, die - vorbehaltlich etwa der Beigeladenen zustehender und von dieser ausgeübter Anfechtungs- oder Rücktrittsrechte - die Vollziehung des Kaufvertrags beanspruchen kann. Gemessen an dem, was die Klägerin mit dem streitgegenständlichen Klagantrag tatsächlich erreichen könnte, ist dieser bei objektiver Betrachtung von untergeordneter Bedeutung, was auch in der Kostenentscheidung seinen Niederschlag finden muss.

3. Eine Erstattung der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen entsprach nicht der Billigkeit, da diese keine Anträge gestellt und sich nicht zur Sache geäußert hat.

II. Die Revision an das Bundesverwaltungsgericht wird nicht zugelassen, weil keiner der Zulassungsgründe des § 132 Abs. 2 VwGO vorliegt.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist beim Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Schubertstraße 11, 68165 Mannheim oder Postfach 10 32 64, 68032 Mannheim, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils einzulegen und innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen.

Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

In der Begründung der Beschwerde muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.

Für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind nur Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaats der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, die die Befähigung zum Richteramt besitzen, zugelassen. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Vor dem Bundesverwaltungsgericht sind auch die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 VwGO bezeichneten Organisationen einschließlich der von ihnen gebildeten juristischen Personen gemäß § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 7 VwGO als Bevollmächtigte zugelassen, jedoch nur in Angelegenheiten, die Rechtsverhältnisse im Sinne des § 52 Nr. 4 VwGO betreffen, in Personalvertretungsangelegenheiten und in Angelegenheiten, die in einem Zusammenhang mit einem gegenwärtigen oder früheren Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern im Sinne des § 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes stehen, einschließlich Prüfungsangelegenheiten. Die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Bevollmächtigten müssen durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln. Ein Beteiligter, der nach

Maßgabe des § 67 Abs. 4 Sätze 3, 5 und 7 VwGO zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

Ellenberger

Epe

Hettich

**Beschluss  
vom 5. November 2014**

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird gemäß §§ 63 Abs. 2 Satz 1, 47 Abs. 1, 52 Abs. 1 GKG auf 5.660.000,-- EUR festgesetzt.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

Ellenberger

Epe

Hettich