

Az.: 3 B 7/08
5 K 873/07



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

1. der AG

vertreten durch Herrn T.....

- Antragstellerin -
- Beschwerdeführerin -

2. ...

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwalt

gegen

die Stadt Markranstädt
vertreten durch den Bürgermeister
Markt 1, 04420 Markranstädt

- Antragsgegnerin -
- Beschwerdegegnerin -

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwälte

wegen

Vollzug der Gewerbeordnung; Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz
hier: Beschwerde

hat der 3. Senat des Sächsischen Obergerichtes durch den Richter am Sozialgericht
Tischer als Berichterstatter nach § 87a VwGO

am 26. August 2008

beschlossen:

Das Verfahren wird eingestellt, soweit es die Beteiligten des Beschwerdeverfahrens betrifft.

Es wird festgestellt, dass der Beschluss des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 14. November
2007 - 5 K 873/07 - hinsichtlich der in den Ziffern 2. und 3. des Tenors getroffenen Entschei-
dungen wirkungslos ist.

Im ersten Rechtszug tragen die Antragsgegnerin und Herr T..... die Gerichtskosten
und die außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerin je zur Hälfte, während die Antrags-
gegnerin die außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin zu 2 sowie Herr T..... die
außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin zu 1 trägt.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt Herr T..... allein.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 2.500,00 € festgesetzt.

Gründe

Nachdem die Beteiligten des Beschwerdeverfahrens den Rechtsstreit, soweit er sie betrifft,
übereinstimmend für erledigt erklärt haben, ist das Verfahren entsprechend § 125 Abs. 1
Satz 1 i. V. m. § 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO in diesem Umfang einzustellen, insofern auch die
Wirkungslosigkeit des angefochtenen Beschlusses entsprechend § 173 Satz 1 VwGO i. V. m.
§ 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO festzustellen und gemäß § 161 Abs. 2 VwGO nach billigem Ermes-
sen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes über die Verteilung der
Kosten des Verfahrens für beide Rechtszüge neu zu entscheiden.

Hierbei ist die Antragstellerin zu 1 und alleinige Beschwerdeführerin bis zum Abschluss des
Rechtsstreits, in dem u. a. deren Beteiligungsfähigkeit streitig ist, als beteiligungsfähig im
Sinne des § 61 VwGO zu behandeln und daher in Rubrum, Tenor und Gründen als solche
aufzuführen (Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 61 Rn. 3 m. w. N.), auch wenn sie
tatsächlich nicht beteiligungsfähig ist (dazu unten, S. 6 f.).

Das Gericht hat vorliegend den letzten Schriftsatz des Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin zu 1 vom 29.4.2008 gemäß § 88 VwGO trotz des entgegenstehenden Wortlauts, wonach nur das Verfahren erster Instanz für erledigt erklärt, aber die Beschwerde aufrecht erhalten werde, dahin ausgelegt, dass der Rechtsstreit insgesamt (einschließlich des Beschwerdeverfahrens) für erledigt erklärt wird, soweit der Rechtsstreit die Antragstellerin zu 1 betrifft, die allein Beschwerde gegen den erstinstanzlichen Beschluss erhoben hat. Denn vor dem Hintergrund, dass die Antragsgegnerin ihren hier im vorläufigen Rechtsschutz streitigen Bescheid vom 26.7.2007, womit die Antragstellerin zu 1 verpflichtet wurde, ihr Gewerbe unverzüglich anzumelden, wegen falscher und irreführender Adressierung erst nach Erlass des erstinstanzlichen Beschlusses mit Bescheid vom 27.11.2007 zurückgenommen hat, geht dieses tatsächliche Begehren aus dem weiteren Wortlaut dieses Schriftsatzes hinreichend deutlich hervor, wonach es Sinn und Zweck der Beschwerde sei, eine einheitliche Kostenentscheidung nach § 161 Abs. 2 VwGO unter Abänderung der erstinstanzlichen Kostengrundentscheidung zu ermöglichen (dazu Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 146 Rn. 42 a. E. m. w. N.). Es entspräche daher nicht dem Rechtsschutzziel der Antragstellerin zu 1, die Beschwerde aufrecht zu erhalten, weil diese dann mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig zu verwerfen wäre. Dementsprechend hat auch die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 31.7.2008 dieser Erklärung vom 29.4.2008 zugestimmt.

Die Kosten des Verfahrens sind danach in beiden Rechtszügen unterschiedlich zu verteilen. Denn die in erster Instanz noch als Streitgenosse beteiligte Antragstellerin zu 2 hat dort gegenüber der Antragsgegnerin vollständig obsiegt, wogegen die Antragsgegnerin keine Beschwerde erhoben hat, so dass am Beschwerdeverfahren nicht mehr dieselben Personen im Sinne des § 63 VwGO beteiligt waren, wie im ersten Rechtszug. Dies erfordert, da die Antragstellerin zu 1 im Beschwerdeverfahren mangels Beteiligungsfähigkeit vollständig unterlegen gewesen wäre, entsprechend § 154 Abs. 2 VwGO auch im Rahmen des § 161 Abs. 2 VwGO eine von den Kosten des ersten Rechtszugs gesonderte Verteilung der im Rechtsmittelverfahren entstandenen Kosten (zur selbstständigen Bedeutung des § 154 Abs. 2 neben Abs. 1 VwGO, falls im Rechtsmittelverfahren andere Beteiligte als in erster Instanz auftreten: Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 154 Rn. 5; vgl. auch Herget in: Zöller, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 97 Rn. 4 sowie jeweils im Tenor ohne Begründung: BGH, Beschl. v. 1.3.2007 - I ZR 249/02 -; BGH, Urt. v. 14.7.1981 - VI ZR 35/79 -; OLG Frankfurt, Urt. v. 2.9.2005 - 2 U 32/01 -; jeweils zitiert nach Juris).

Bei der für beide Rechtszüge zu treffenden Kostengrundentscheidung gelten zudem weder das Verbot, die erstinstanzliche Entscheidung zu Lasten des Rechtsmittelführers ohne Anschließung des Gegners zu ändern (so bereits BVerwG, Urt. v. 23.5.1962, BVerwGE 14, 171 ff. [174/175]; vgl. auch Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, Vorb § 154 Rn. 5 a. E. sowie Herget in: Zöller, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 97 Rn. 6, jeweils m. w. N.), noch ist das Rechtsmittelgericht gehindert, über die Verteilung der Kosten des ersten Rechtszugs unter Einbeziehung eines dort bereits ausgeschiedenen, im Rechtsmittelverfahren deshalb nicht mehr beteiligten Streitgenossen, gegenüber dem die erstinstanzliche Entscheidung Rechtskraft erlangt hat, neu zu entscheiden. Denn diese Rechtskraft ergreift die in erster Instanz ergangene Kostengrundentscheidung nur insoweit, als damit das endgültige Maß des eigenen Obsiegens bzw. Unterliegens des ausgeschiedenen Streitgenossen feststeht, während die Verteilung der Kosten zwischen den Beteiligten - die Kostenquote - notwendigerweise unter dem Vorbehalt steht, dass sich das Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens der Beteiligten untereinander nicht nachträglich in der Rechtsmittelinstanz verschiebt. Solange keine Änderung zu Lasten des ausgeschiedenen Streitgenossen erfolgt, liegt darin auch kein Verstoß gegen den Anspruch des im Rechtsmittelverfahren nicht mehr beteiligten Streitgenossen auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG (BGH, Urt. v. 14.7.1981 - VI ZR 35/79 -; OLG Frankfurt, Urt. v. 2.9.2005 - 2 U 32/01 -; jeweils zitiert nach Juris; Herget in: Zöller, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 100 Rn. 8 m. w. N.).

Ob eine derartige Änderung der erstinstanzlichen Kostengrundentscheidung ausscheidet, wenn das Rechtsmittelgericht keine eigene Sachentscheidung trifft (BGH, Beschl. v. 27.5.2004, NJW 2004, 2598; BGH, Beschl. v. 28.3.2006, NJW-RR 2006, 1508), kann hier dahinstehen, da der Rechtsstreit zwischen den Beteiligten des Beschwerdeverfahrens insgesamt für erledigt erklärt wurde und somit auch über die Kosten erster Instanz nach dem bisherigen Sach- und Streitstand zu entscheiden ist (ebenso für § 91a ZPO: BGH, Beschl. v. 1.3.2007, NJW-RR 2007, 694 f.)

Dies zugrunde gelegt entspricht es anhand des bisherigen Sach- und Streitstandes billigem Ermessen, die Kosten des Verfahrens im ersten Rechtszug wie tenoriert neu zu verteilen.

Zwar steht mangels eines Rechtsmittels der Antragsgegnerin rechtskräftig fest, dass die Antragstellerin zu 2 erstinstanzlich vollständig obsiegt und daher keine Kosten zu tragen hat, so dass insoweit auch jetzt keine Änderung der Kostenverteilung zu ihren Lasten erfolgt. Jedoch

darf die Antragstellerin zu 1 bzw. Herr T..... nicht mit den außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin zu 2 belastet werden, wie dies nach der Kostenentscheidung des Verwaltungsgerichts der Fall gewesen wäre, weil die Antragstellerin zu 2 allein gegenüber der Antragsgegnerin obsiegt hat, so dass die Antragsgegnerin deren außergerichtliche Kosten vollständig tragen muss.

Ebenso wäre es nicht gerechtfertigt, der Antragsgegnerin die hälftigen außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin zu 1 aufzuerlegen. Denn deren Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz war mangels Beteiligungsfähigkeit unzulässig, so dass sie im Verhältnis zur Antragsgegnerin vollständig unterlegen ist. Die gesamten außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin zu 1 trägt deshalb Herr T....., auf dessen Veranlassung hin in erster Instanz für eine tatsächlich nicht existierende juristische Person - die Antragstellerin zu 1 - der unzulässige Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz gestellt wurde.

Da die Antragstellerin zu 1 danach erstinstanzlich vollständig unterlegen ist, trägt Herr T....., der für sie aufgetreten ist, in erster Instanz auch die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerin jeweils zur Hälfte, während die Antragsgegnerin jeweils die andere Hälfte dieser Kosten trägt, weil sie ihrerseits im Verhältnis zur Antragstellerin zu 2 vollständig unterlegen ist.

Die Tatsache, dass für die erstinstanzlich als Streitgenossen aufgetretenen Antragstellerinnen zu 1 und 2 ein gemeinsamer Prozessbevollmächtigter tätig geworden ist, muss hingegen im Kostenfestsetzungsverfahren berücksichtigt werden und bedarf hier keiner Entscheidung (dazu ausführlich Olbertz in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: März 2008, § 159 Rn. 8 bis 12).

Die gesamten Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt hingegen Herr T..... allein, weil er hier ebenso wie in erster Instanz sowohl als Vertreter als auch (entsprechend dem von ihm vorgelegten Umwandlungsbeschluss vom 19.7.2007) als Alleinaktionär der Antragstellerin zu 1 aufgetreten sowie ausweislich der vorgelegten Vollmacht vom 27.8.2007 den Prozessbevollmächtigten in dieser Eigenschaft mit der Führung des Verfahrens in allen Instanzen beauftragt hat. Er hat somit - wie vom Verwaltungsgericht unter Verweis auf die einschlägige Kommentierung zutreffend ausgeführt - die unzulässige Antragstellung und Beschwerdeerhebung für die nicht beteiligungsfähige Antragstellerin zu 1 veranlasst und muss deshalb dieje-

nigen Kosten tragen, die durch die zusätzliche Prozessführung im Namen der nicht existierenden Antragstellerin zu 1 entstanden sind (vgl. auch Bier in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: März 2008, § 61 Rn. 9; Neumann in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 154 Rn. 28).

Die mangelnde Beteiligungsfähigkeit der Antragstellerin zu 1 als Aktiengesellschaft gemäß § 61 Nr. 1 VwGO bzw. als sog. Vorgesellschaft gemäß § 61 Nr. 2 VwGO (dazu u. a. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 61 Rn. 9) ergibt sich hier - wie das Verwaltungsgericht zu Recht angenommen hat - daraus, dass die Aktiengesellschaft nicht neu gegründet, sondern lediglich durch Formwechsel gemäß den §§ 190 ff. UmwG aus der Antragstellerin zu 2, einer GmbH, entstehen sollte. Obwohl der dafür erforderliche Umwandlungsbeschluss (vgl. §§ 193 ff. UmwG) bereits am 19.7.2007 notariell beurkundet wurde, erfolgte bisher noch nicht die außerdem nötige Registereintragung (vgl. §§ 198 ff. UmwG), was gemäß § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG Voraussetzung ist, damit der formwechselnde Rechtsträger (hier die GmbH) in seiner neuen Rechtsform (hier der AG) weiter besteht. Die Antragstellerin zu 1 existierte bis zur Erledigung des Rechtsstreits deshalb jedenfalls nicht als Aktiengesellschaft. Infolge des nur einen Formwechsel regelnden Umwandlungsbeschlusses vom 19.7.2007 ist die Antragstellerin zu 1 entgegen ihrem Vorbringen auch nicht als sog. Vorgesellschaft entstanden, wie dies statt dessen bei ihrer Neugründung möglich gewesen wäre.

Dies ergibt sich bereits aus § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG, wonach mit der Registereintragung der formwechselnde Rechtsträger in der im Umwandlungsbeschluss bestimmten Rechtsform weiter besteht. Daraus wird deutlich, dass der Formwechsel nach dem Willen des Gesetzgebers eine identitätswahrende Umwandlung darstellt, bei der sowohl wirtschaftlich als auch rechtlich die Kontinuität des Rechtsträgers gewahrt wird, ohne dass ein Vermögensübergang, eine Rechtsnachfolge oder - im Außenverhältnis zu Dritten - eine Änderung der materiellen Rechtslage stattfindet. Aufgrund der neuen Rechtsform ergeben sich vielmehr nur im Innenverhältnis, etwa der Gesellschaft zu den Gesellschaftern oder in deren Verhältnis untereinander, Änderungen. Dies hat zudem die prozessuale Konsequenz, dass ein Formwechsel während eines anhängigen Gerichtsverfahrens weder zu dessen Unterbrechung gemäß § 239 ZPO noch zu einer Rechtsnachfolge im Sinne des § 265 ZPO führt und deshalb keinen Parteiwechsel, sondern nur eine Rubrumsberichtigung bedingt (dazu instruktiv: OLG Köln, Urt. v. 5.8.2003, GmbHR 2003, 1489 ff.; BFH, Urt. v. 30.9.2003, GmbHR 2004, 196 ff.; BFH, Beschl. v. 4.12.1996, GmbHR 1997, 136 f.; vgl. auch BRDrs. 75/94 S. 141 [zu § 197 Satz 1])

und S. 144 [zu § 202 Abs. 1 Nr. 1]). Es wäre daher nicht nur unnötig, sondern mit dem Prinzip der identitätswahrende Umwandlung unvereinbar, wenn neben dem kontinuierlich fortbestehenden Rechtsträger zusätzlich, aber nur vorübergehend - vom Umwandlungsbeschluss bis zur Registereintragung - ein weiterer Rechtsträger in Form einer Vorgesellschaft existieren würde, der insbesondere prozessual selbstständig auftreten und deshalb neben dem formwechselnden Rechtsträger klagen bzw. verklagt werden könnte.

Wie das Verwaltungsgericht weiter richtig ausgeführt hat, entsteht dadurch keine Rechtsschutzlücke. Denn abgesehen davon, dass ein Verwaltungsakt einer nicht existierenden juristischen Person nicht bekannt gegeben werden kann und ihr gegenüber deshalb weder wirksam noch vollstreckbar ist, kann eine solche bereits nicht in eigenen Rechten verletzt werden, weil sie nicht Träger eigener Rechte ist. Dem tatsächlichen, den Formwechsel erst betreibenden Rechtsträger steht im Falle einer Verletzung seiner Rechte hingegen - wie vom Verwaltungsgericht hier auch gewährt - ausreichend Rechtsschutz gegen einen Verwaltungsakt zur Verfügung, der fälschlich an einen noch nicht existierenden Rechtsträger adressiert ist, unter dessen Bezeichnung der formwechselnde Rechtsträger (unter Wahrung seiner bisherigen wirtschaftlichen und rechtlichen Identität) erst zukünftig im Rechtsverkehr aufzutreten beabsichtigt.

Der Umstand, dass bei (rechtzeitigem) Vollzug des Formwechsels durch dessen Registereintragung das erstinstanzliche Rubrum hinsichtlich der Antragstellerin zu 2 lediglich hätte berichtigt und durch die Bezeichnung der Antragstellerin zu 1 hätte ersetzt werden müssen, ändert schließlich nichts daran, dass hier bis zur Erledigung des Rechtsstreits vorläufiger Rechtsschutz im ersten Rechtszug zusätzlich und im Beschwerdeverfahren allein für einen nicht existierenden Rechtsträger (die Antragstellerin zu 1) begehrt wurde, obwohl daneben ein solcher tatsächlich existierte (die Antragstellerin zu 2), für den dieses (weitere) Rechtsschutzbegehren aber gerade nicht erhoben wurde. Diese zusätzliche Prozessführung ist mithin kostenrechtlich auch zusätzlich zu berücksichtigen.

Die Streitwertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 47 Abs. 1 und § 53 Abs. 3 Nr. 2 i. V. m. § 52 Abs. 1 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO; § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:
Tischer