

## Inhalt

### Allgemeine Verfügungen

09.01.09 Neuorganisation des Gnadenwesens 1

### Rechtsprechung

VwGO § 123  
Vergabeverordnung-ZVS §§ 3, 6  
(Hamburgisches Oberverwaltungsgericht,  
Beschluss vom 23. April 2008 – 3 Nc 216/07 - ) 2

VwGO §§ 58, 60, 124 a Abs. 6  
HmbVwVG § 19  
(Hamburgisches Oberverwaltungsgericht,  
Urteil vom 8. Mai 2008 – 3 Bf 105/05 - ) 5

### Allgemeine Verfügungen

#### Neuorganisation des Gnadenwesens

AV der Justizbehörde Nr. 1/2009 vom 9. Januar 2009 (Az. 4253/5)

Die Allgemeine Verfügung „Neuorganisation des Gnadenwesens“ (AV der Justizbehörde 15/2002 vom 27.08.2002, HmbJVBI 2002, S. 61, zuletzt geändert durch AV 37/2007 vom 04.12.2007, HmbJVBI 2007, S. 142) wird wie folgt geändert:

1. Abschnitt I Nr. 2 Buchstabe a) wird wie folgt neu gefasst:

„a) Entscheidung durch die Justizbehörde

Entsprechend der Ermächtigung nach Abschnitt I Absatz 3 der Anordnung des Senats über die Ausübung des Begnadigungsrechts vom 27. Februar 1979 in der Fassung vom 02.07.2002 und des Beschlusses der Senatskommission für das Gnadenwesen vom 27.08.2002 entscheidet die Justizbehörde in Gnadenangelegenheiten.“

2. Abschnitt I Nr. 2 Buchstabe b) wird wie folgt neu gefasst:

„b) Vorlage bei der Senatskommission für das Gnadenwesen

Gnadenangelegenheiten von besonderer Bedeutung, die der Senatskommission für das Gnadenwesen vorzulegen sind, sind insbesondere:

- der Erlass oder die bedingte Aussetzung der Sicherungsverwahrung, wenn die Justizbehörde in Ausnahmefällen einen Gnadenerweis in Betracht zieht;

- Gegenvorstellungen gegen ablehnende Entscheidungen der Justizbehörde bei Freiheitsstrafen, soweit noch mehr als zwei Jahre zu verbüßen sind, wenn von der antragstellenden Person ausdrücklich eine Entscheidung des Senats bzw. der Senatskommission für das Gnadenwesen beantragt wird.“

3. Abschnitt I Nr. 2 Buchstabe c) wird wie folgt gefasst:

„c) Vorlage bei der Staatsrätin oder dem Staatsrat der Justizbehörde

Gegenvorstellungen gegen ablehnende Entscheidungen der Justizbehörde bei Geldbußen, Ordnungsmitteln, Geldstrafen und bei Freiheitsstrafen, soweit nicht mehr als zwei Jahre zu verbüßen sind, können von der Staatsrätin oder dem Staatsrat der Justizbehörde durch Senatsbeschluss im Verfügungswege abschließend entschieden werden, wenn von der antragstellenden Person ausdrücklich eine Entscheidung des Senats bzw. der Senatskommission für das Gnadenwesen beantragt wird.“

4. Abschnitt I Nr. 2 Buchstabe d) wird wie folgt gefasst:

„d) Geschäfte der Senatskommission für das Gnadenwesen

Die Justizbehörde führt die Geschäfte der Senatskommission für das Gnadenwesen.“

5. Abschnitt II Nr. 9 wird wie folgt gefasst:

„Gnadenvorgänge werden in einem Gnadenheft gesondert verwahrt. Der Verurteilte und sein Bevollmächtigter haben keinen Anspruch auf Einsichtnahme in Gnadenakten.“

6. Abschnitt III wird ersatzlos gestrichen.

7. Diese Allgemeine Verfügung tritt am 09.01.2009 in Kraft.

## Rechtsprechung

### VwGO § 123

#### Vergabeverordnung-ZVS §§ 3, 6

1. Im Zulassungsrechtsstreit um einen Studienplatz außerhalb der festgesetzten Kapazität fehlt der nach § 123 Abs. 1 VwGO erforderliche Anordnungsgrund, wenn der Antragsteller nicht seinerseits das ihm Mögliche und Zumutbare getan hat, um einen Studienplatz in dem gewünschten Studiengang zu erhalten.
2. Bei Studiengängen, die in das zentrale Vergabeverfahren einbezogen sind, erfordert das Vorliegen eines Anordnungsgrundes im Regelfall eine aktuelle und ordnungsgemäße ZVS-Bewerbung für den Studiengang, der Gegenstand des Zulassungsrechtsstreits ist.

Dauert der Zulassungsrechtsstreit erstinstanzlich oder im Beschwerdeverfahren über das Bewerbungssemester hinaus an, besteht die Obliegenheit, das ZVS-Verfahren für den streitgegenständlichen Studiengang zu durchlaufen, für den bisher erfolglosen Antragsteller auch in den Folgesemestern fort (Bestätigung der bisherigen Senatsrechtsprechung).

Die Obliegenheit weiterer Bewerbung im ZVS-Verfahren entfällt, wenn der Antragsteller im Zulassungsrechtsstreit auf Grund einstweiliger Anordnung des Verwaltungsgerichts vorläufig den gewünschten Studienplatz erhalten hat, die einstweilige Anordnung wegen einer dagegen von der Hochschule erhobenen Beschwerde aber noch nicht rechtskräftig ist; dies gilt auch dann, wenn das gerichtliche Eilverfahren im Beschwerdeverfahren über das Bewerbungssemester hinaus andauert (Änderung der Senatsrechtsprechung).

3. Der Obliegenheit der ZVS-Bewerbung ist im Regelfall nur genügt, wenn sich der Antragsteller entsprechend dem geltenden Vergaberecht auch am Auswahlverfahren der Hochschulen beteiligt und von der Option Gebrauch macht, hierfür sechs (und nicht weniger) Studienorte anzugeben; für die Teilnahme an der Vergabe in der Abiturbestenquote und nach Wartezeit genügt die ordnungsgemäße Bewerbung (ohne Rücksicht auf die Zahl der gewünschten Studienorte).

(Hamburgisches Oberverwaltungsgericht,

Beschluss vom 23. April 2008 – 3 Nc 216/07 - )

### Zum Sachverhalt:

Das Verwaltungsgericht hat den auf vorläufige Zuweisung eines Studienplatzes gerichteten Eilantrag der Antragstellerin, die zum Wintersemester 2007/2008 bei der ZVS erfolglos ihre Zulassung zum Studium der Humanmedizin beantragt hatte, wegen fehlenden Anordnungsgrundes im Sinne von § 123 Abs. 1 VwGO abgelehnt, weil sie nicht versucht habe, nach den Regelungen der Verordnung über die Zentrale Vergabe von Studienplätzen und die Durchführung eines Feststellungsverfahrens vom 17. Mai 2006 (HmbGVBl. S. 229) - VergabeVO-ZVS - über einen bei der ZVS zu stellenden Zulassungsantrag einen Studienplatz im gewünschten Fach Zahnmedizin zu erlangen. Eine solche Verfahrensweise sei den Studienbewerbern grundsätzlich zuzumuten und auch nicht erkennbar aussichtslos, da 60 v. H. der Studienplätze im Auswahlverfahren der Hochschulen vergeben würden und dort von einigen Hochschulen nicht allein auf die Abiturdurchschnittsnote abgestellt werde, sondern auch auf andere Kriterien. Bei der Antragstellerin, die ihre Hochschulzugangsberechtigung bereits im Jahr 2003 erworben habe, komme hinzu, dass sie im Rahmen des ZVS-Verfahrens wahrscheinlich gute Aussichten gehabt hätte, über die Wartezeitquote einen Studienplatz zu erhalten.

Die Antragstellerin hält dem mit ihrer Beschwerde entgegen, in Zulassungsstreitverfahren, in denen um Studienplätze außerhalb der festgesetzten Kapazität gestritten werde, könne es nicht darauf ankommen, ob der Studienbewerber daneben bei der ZVS die Zuteilung eines Studienplatzes innerhalb der festgesetzten Kapazitäten beantragt habe. Es handele sich um unterschiedliche Streitgegenstände, die strikt von einander zu unterscheiden seien. Das Verwaltungsgericht irre, wenn es meine, dass für den vorliegenden Antrag auf Zuweisung eines Studienplatzes außerhalb der festgesetzten Kapazitäten das Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin fehle, weil sie für Zahnmedizin keinen Zulassungsantrag bei der ZVS gestellt habe.

### Aus den Gründen:

2. Die mit dem Beschwerdevorbringen dargelegten Gründe, die das Beschwerdegericht nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO ausschließlich zu prüfen hat, rechtfertigen es nicht, den Beschluss des Verwaltungsgerichts nach Maßgabe des mit der Beschwerde gestellten Antrages zu ändern.
  - a) Das Beschwerdegericht hat bisher in ständiger Rechtsprechung angenommen, dass der Erlass einer einstweiligen Anordnung zwecks vorläufiger Zuweisung eines Studienplatzes außerhalb der festgesetzten Kapazität zur Vermeidung wesentlicher Nachteile des jeweiligen Antragstellers nur dann geboten ist, wenn dieser seinerseits das ihm Mögliche und Zumutbare getan hat, um einen Studienplatz in dem betreffenden Fach zu erhalten, und dementsprechend der nach § 123 Abs. 1 VwGO erforderliche Anordnungsgrund

fehlt, wenn der betreffende Antragsteller dieser Obliegenheit nicht genügt (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 24.6.1991, NVwZ-RR 1992, 22 f.). In Studiengängen, die in das zentrale Vergabeverfahren nach der Vergabeverordnung einbezogen sind, hat das Beschwerdegericht es (im Sinne der Erforderlichkeit eines Abwendens wesentlicher Nachteile im Sinne von § 123 Abs. 1 VwGO) stets für grundsätzlich zumutbar gehalten, bei der ZVS - und zwar für den betreffenden Studiengang - einen Zulassungsantrag zu stellen und einen zugeteilten Studienplatz auch anzunehmen; dies hat auch für Folgesemester während eines weiterhin laufenden gerichtlichen Eilverfahrens gegolten. Das Beschwerdegericht hat diese Obliegenheit bisher (zum einen) auf diejenigen Antragsteller bezogen, die (wie die Antragstellerin des vorliegenden Verfahrens) in erster Instanz erfolglos waren und mit der Beschwerde zum Oberverwaltungsgericht ihr Ziel weiter verfolgen (vgl. etwa den Beschl. v. 28.10.2002, 3 Nc 126/02); das Beschwerdegericht hat (zum anderen) die gleichen Anforderungen auch an solche Antragsteller gerichtet, die in erster Instanz erfolgreich waren, den ihnen vorläufig zugeteilten Studienplatz angenommen haben und sich wegen einer von der Hochschule gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts erhobenen Beschwerde als Passivbeteiligte im Beschwerdeverfahren befinden (vgl. etwa den Beschl. v. 25.11.2004, 3 Nc 205/04). Für die Fallgruppe der erstinstanzlich erfolglosen Antragsteller hält das Beschwerdegericht an seiner bisherigen Rechtsprechung fest (aa); hinsichtlich der anderen genannten Fallgruppe hingegen ändert das Beschwerdegericht seine Rechtsprechung (bb).

aa) Bezogen auf die Fallgruppe derjenigen Antragsteller, die im Eilverfahren in erster Instanz erfolglos geblieben sind und weiterhin über keinen (vorläufigen oder endgültigen) Studienplatz im gewünschten Fach verfügen, hält das Beschwerdegericht an seiner bisherigen Rechtsprechung fest.

aaa) Das Beschwerdegericht bleibt insoweit dabei, dass das Vorliegen eines Anordnungsgrundes für den Erlass einer einstweiligen Anordnung über die vorläufige Zuweisung eines Studienplatzes in einem Studiengang, der in das zentrale Vergabeverfahren einbezogen ist, im Regelfall eine aktuelle und ordnungsgemäße ZVS-Bewerbung des betreffenden Antragstellers erfordert. Zur Vermeidung wesentlicher Nachteile ist eine solche Anordnung nur dann geboten, wenn der betreffende Antragsteller seinerseits die ihm möglichen und zumutbaren Verfahrensschritte unternommen hat, um den gewünschten Studienplatz vorrangig im Vergabeverfahren zu erhalten; andernfalls ist er zur weiteren Durchsetzung des geltend gemach-

ten Anspruchs auf das Hauptsacheverfahren zu verweisen. Ein solcher Schritt wird erst mit einem aktuellen und ordnungsgemäßen Zulassungsantrag bei der ZVS getan. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass in Verfahren gemäß § 123 VwGO (auch) an das Vorliegen des Anordnungsgrundes umso höhere Anforderungen zu stellen sind, je mehr mit der begehrten Anordnung die Hauptsache vorweg genommen würde. In Eilverfahren der hier vorliegenden Art wird die Hauptsache bereits weitgehend vorweg genommen: Der erfolgreiche Antragsteller kann auf Grund der einstweiligen Anordnung studieren und Prüfungen ablegen, ohne dass sich dies rückgängig machen ließe, falls nachträglich in einem Klageverfahren eine Entscheidung zu seinen Ungunsten ergeht und er seine vorläufige Zulassung zum Studium wieder verliert. Angesichts der Belastung der Gerichte und der damit verbundenen Dauer eines Hauptsacheverfahrens hat der im Eilverfahren erfolgreiche Antragsteller gute Chancen, das Studium auf Grund der vorläufigen Zulassung weitgehend zu absolvieren. Dieser weitgehenden Vorwegnahme der Hauptsache durch die erstrebte einstweilige Anordnung entsprechen erhöhte Anforderungen, denen die Antragsteller zumutbarer Weise genügen müssen, damit der Erlass der Anordnung zur Abwendung wesentlicher Nachteile geboten ist; es liegt in ihrer Hand, den unwiederbringlichen Verlust an Lebenszeit bis zur Aufnahme des gewünschten Studiums durch eine Bewerbung in dem für die Verteilung der Studienplätze eingerichteten zentralen Vergabeverfahren selbst in möglichst engen Grenzen zu halten.

Mit der Obliegenheit, das ZVS-Vergabeverfahren zu durchlaufen, wird den Antragstellern keine gleichsam schikanöse, weil erkennbar aussichtslose Anforderung auferlegt. Auch diejenigen Studienbewerber, die keine gute Abiturdurchschnittsnote und noch keine lange Wartezeit aufzuweisen haben, können jedenfalls im Auswahlverfahren der Hochschulen, in dem immerhin 60 v. H. der Studienplätze vergeben werden, eine Chance auf Zulassung in dem gewünschten Studiengang haben; für dieses Auswahlverfahren können bis zu sechs Studienorte in einer Reihenfolge angegeben werden (vgl. § 3 Abs. 3 Satz 4 VergabeVO-ZVS). Insoweit ist zu berücksichtigen, dass zwar einige, aber längst nicht alle Hochschulen ihre Auswahlverfahren (allein) nach Maßga-

be der Abiturnoten gestalten, sondern (jedenfalls auch) auf andere Kriterien wie das Ergebnis von Auswahlgesprächen abstellen (zu den Einzelheiten im hier maßgeblichen Wintersemester 2007/2008 vgl. das betreffende „ZVS info“; S. 33 ff., bzgl. Zahnmedizin S. 46 ff.; zum Wintersemester 2008/2009 vgl. das betreffende „ZVS info“; S. 36 ff. bzw. S. 48 ff.). An den Hochschulen in Baden-Württemberg können die Bewerber medizinischer Studiengänge zudem ihre Zulassungsaussichten dadurch erhöhen, dass sie am Test für medizinische Studiengänge teilnehmen, der für Studienbewerber aus ganz Deutschland an zahlreichen, über das gesamte Bundesgebiet verteilten Testorten angeboten wird (vgl. [www.tms-info.org](http://www.tms-info.org)).

bbb) Der von der Antragstellerin mit der Beschwerde geltend gemachte Umstand, dass es sich bei einem im Verwaltungsrechtsstreit gegenüber einer bestimmten Hochschule eingeforderten Studienplatz außerhalb der festgesetzten Kapazität um einen anderen Verfahrensgegenstand handele als bei den im ZVS-Verfahren vergebenen Studienplätzen innerhalb der festgesetzten Kapazitäten der Hochschulen, ändert an der vorstehenden Bewertung nichts. Die Unterschiedlichkeit der Verfahrensgegenstände beschränkt sich auf die Ausgestaltung des ZVS-Verfahrens als eines strikten Verteilungsverfahrens ohne kapazitätsrechtliche Prüfung. Im Hinblick auf den materiellen Anspruch auf Zulassung zum gewünschten Studium bildet die erstrebte Zulassung zum Studium innerhalb und außerhalb der festgesetzten Zulassungszahl keine je eigenen, getrennten Verfahrens- oder Streitgegenstände (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 19.11.2003, 3 Nc 23/03, juris). Die materielle Einheit des Zulassungsanspruchs findet auch darin ihren Ausdruck, dass die anderweitige Zulassung zum gewünschten Studium zur Erledigung des Zulassungsstreits führt (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 26.10.2005, NVwZ-RR 2006, 797).

ccc) Ausgehend von diesem Grundsatz präzisiert das Beschwerdegericht die zumutbaren Anforderungen an die Bewerbung im ZVS-Verfahren gemessen an dem derzeit geltenden Vergaberecht wie folgt:

Zunächst einmal sind die Antragsteller gehalten, sich überhaupt bei der ZVS um einen Studienplatz in dem betreffenden Studiengang zu bewerben; da

die Bewerbung zum Zeitpunkt der gerichtlichen Eilentscheidung aktuell zu sein hat, gilt diese Obliegenheit nicht nur für das Semester, auf den sich der im Eilverfahren materiell geltend gemachte Anordnungsanspruch kapazitätsrechtlich bezieht, sondern - sofern das gerichtliche Eilverfahren über dieses Semester hinaus andauert - auch für Folgesemester. Die Bewerbung hat ordnungsgemäß zu sein, darf also nicht bereits an vermeidbaren formellen Fehlern (z.B. Fristversäumnisse, Unvollständigkeit der Unterlagen) scheitern.

Da nach den Regelungen des ZVS-Vergabeverfahrens 60 v. H. der Studienplätze im Auswahlverfahren der Hochschule vergeben werden und dort diejenigen Studienbewerber nicht mehr vertreten sind, die bereits über die Quoten der Abiturbesten und der längsten Wartezeit zugelassen worden sind, ist es im Hinblick auf die dort potentiell eröffneten Chancen zumutbar, von den Antragstellern auch zu verlangen, dass sie sich an diesem Auswahlverfahren überhaupt beteiligen. Um ihre Erfolgsaussichten möglichst günstig zu gestalten und diese nicht selbst einzuschränken, ist es dabei für die Antragsteller in der Regel - zusätzlich - ebenfalls möglich und zumutbar, von der Option Gebrauch zu machen, den Regelungen des ZVS-Verfahrens gemäß hierfür insgesamt sechs (und nicht weniger) Studienorte anzugeben; aus Gründen des Vertrauensschutzes wird das Beschwerdegericht diesen letztgenannten (in seiner bisherigen Rechtsprechung in dieser Ausprägung noch nicht ausgeformten) Anforderungen bei der Prüfung des Anordnungsgrundes allerdings erst zukünftig bei denjenigen Eilverfahren zugrunde legen, die sich auf die Rechtsverhältnisse ab dem Wintersemester 2008/2009 beziehen (zum diesbezüglichen Auswahlverfahren der Hochschulen vgl. das „ZVS info“; S. 11 f.).

bb) Im Hinblick auf die Fallgruppe derjenigen Antragsteller, die in erster Instanz erfolgreich waren, den ihnen vom Verwaltungsgericht vorläufig zugeteilten Studienplatz angenommen haben und sich wegen einer von der Hochschule gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts erhobenen Beschwerde als Passivbeteiligte im Beschwerdeverfahren befinden, hält das Beschwerdegericht hingegen insoweit nicht mehr an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, als es von diesen Antragstellern (zur Aufrechterhaltung des Anordnungsgrundes) erwartet hat, sich nach Annahme des vorläufigen Studienplatzes in

Hamburg (sofern das gerichtliche Eilverfahren entsprechend lange fort dauerte) auch in Folgesemestern weiterhin bei der ZVS in dem betreffenden Studiengang zu bewerben. Dieses Erfordernis überspannt nach erneuter Bewertung durch das Beschwerdegericht die Anforderungen an die Wahrnehmung anderweitiger Möglichkeiten zur dauerhaften Erlangung des gewünschten Studienplatzes.

Die zumutbaren Anforderungen sind im Hinblick auf das (Fort-) Bestehen eines Anordnungsgrundes unterschiedlich hoch je nachdem, ob der Antragsteller in erster Instanz erfolglos gewesen ist und im Beschwerdeverfahren als Aktivbeteiligter weiterhin die erstmalige vorläufige Zuweisung eines Studienplatzes erstrebt, oder ob er nach einem Erfolg in erster Instanz den vorläufigen Studienplatz angenommen hat und im Beschwerdeverfahren seinen Eilantrag nur noch als Passivbeteiligter aufrecht erhält. Im letzteren Fall sind die zu berücksichtigenden Interessen des Antragstellers gewichtiger als in der anderen Variante, da er sein Studium bereits begonnen hat und es legitim erscheint, dieses Studium möglichst störungsfrei voranbringen zu wollen. Das Risiko, den vorläufigen Platz durch eine für ihn negative Entscheidung des Beschwerdegerichts wieder zu verlieren und ohne weitere ZVS-Bewerbung mit leeren Händen dazustehen, geht der betroffene Antragsteller aus rechtlich respektablen Gründen ein; es erscheint aus seiner Sicht legitim, sich zunächst einmal auf die Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung verlassen zu wollen. Auf der anderen Seite ist wenig damit gewonnen, wenn diese Fallgruppe von Antragstellern im Laufe eines Beschwerdeverfahrens wegen Wegfalls des Anordnungsgrundes wieder aus ihrem bereits aufgenommenen Studium entfernt wird: Platz für andere, bisher erfolgreiche Antragsteller entsteht dadurch aktuell nicht, da der Studienplatz mit der Annahme durch den betreffenden Antragsteller und dem Beginn der Lehrveranstaltungen kapazitätswirksam besetzt worden und deshalb „verbraucht“ ist (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 26.10.2005, 3 Nc 75/05, juris Rn. 7). Die Hochschule wird nicht unzumutbar belastet: Die einstweilige Anordnung bleibt nur aufrecht erhalten, wenn ein Anordnungsanspruch besteht, der Studienplatz also verfügbar war. Das Freiwerden des Platzes erhöhte dagegen den Schwund und käme im Schwundausgleich künftigen Antragstellern zugute.

- b) Nach Maßgabe der vorstehend dargestellten Grundsätze muss die vorliegende Beschwerde der Antragstellerin ohne Erfolg bleiben, da die Antragstellerin für das Wintersemester 2007/2008

bei der ZVS keinen Zulassungsantrag im Studiengang Zahnmedizin gestellt hat und sie dafür keine Gründe anführt, die diese Vorgehensweise ausnahmsweise als unschädlich erscheinen lassen könnten. Aus den vorstehend gemachten Ausführungen ergibt sich vielmehr, dass die insoweit von der Antragstellerin vorgetragene Argumente nicht überzeugen können und die Richtigkeit des angefochtenen Beschlusses somit nicht in Frage stellen.

Der Umstand, dass die Antragstellerin zum Wintersemester 2007/2008 bei der ZVS (anstatt für Zahnmedizin) ihre Zulassung zum Studiengang Humanmedizin beantragt hat, führt ebenfalls zu keiner für sie günstigeren rechtlichen Bewertung; auch insoweit hält das Beschwerdegericht an seiner bisherigen Rechtsprechung fest (vgl. etwa OVG Hamburg, Beschl. v. 12.10.2000, 3 Nc 144/00). Diese Vorgehensweise der Antragstellerin hat zur Folge, dass die ihr obliegenden Verfahrensschritte zum Erlangen des im Eilverfahren eingeforderten Studienplatzes in Zahnmedizin fehlen.

---

#### VwGO §§ 58, 60, 124 a Abs. 6

#### HmbVwVG § 19

1. **Die dem Beschluss über die Zulassung der Berufung beigefügte Rechtsmittelbelehrung ist unrichtig erteilt im Sinne von § 58 Abs. 2 VwGO, wenn das Obergerverwaltungsgericht, bei dem die Begründung der Berufung einzureichen ist, über seinen Sitz hinaus mit einer falschen postalischen Anschrift angegeben ist.**

**Die Angabe einer falschen postalischen Anschrift des Gerichts ist objektiv geeignet, die Einhaltung der Berufungsbegründungsfrist zu erschweren. Die Erschwernis fehlt nicht wegen des Anspruchs auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts unter Aufgabe der früheren gegenteiligen Auffassung des Berufungsgerichts). Dass der Beteiligte des konkreten Verfahrens (hier: die Freie und Hansestadt Hamburg) die richtige Anschrift kennt und der Fehler für die Fristversäumnis nicht ursächlich wird, ist unerheblich.**

2. **Führt ein Abschleppunternehmen mit demselben Abschleppfahrzeug im direkten Anschluss an einen abgebrochenen Abschleppvorgang, der ohne jeglichen Verladevorgang blieb, weil der Fahrer des beiseite zu räumenden Fahrzeugs beim Eintreffen des Abschleppfahrzeugs vor Ort war, auf Grund eines während der Anfahrt erteilten weiteren Auftrags das Abschleppen eines in derselben Straße in einer Entfernung von 75 m abgestellten anderen Fahrzeugs durch, verletzt**

**das Abrechnen (auch) der Kosten für den abgebrochenen Abschleppvorgang, das den Bestimmungen in § 8 der „Leistungsbeschreibung über die Vergabe des Bergens, Abschleppens bzw. Beiseiteräumens von Fahrzeugen und Fahrzeugteilen auf Grund von Polizeimaßnahmen und Ordnungsmaßnahmen der Marktaufsichten der Bezirksämter in der Freien und Hansestadt Hamburg in der Zeit vom 01.01.2002 bis 31.12.2006“ entspricht, das Äquivalenzprinzip nicht.**

(Hamburgisches Oberverwaltungsgericht,  
Urteil vom 8. Mai 2008 – 3 Bf 105/05 - )

#### *Zum Sachverhalt:*

Der Kläger wandte sich gegen einen Gebührenbescheid für einen abgebrochenen Abschleppvorgang. Der Kläger parkte sein Fahrzeug am Tag des Einschreitens der Beklagten ab mindestens 16.04 Uhr in der P.-straße 11 im eingeschränkten Haltverbot. Die Beklagte ordnete das Beiseiteräumen des Fahrzeugs an. Die Abschleppfirma wurde um 16.25 Uhr beauftragt. Sie erschien um 16.35 Uhr. Der Kläger entfernte das Fahrzeug selbst aus der eingeschränkten Haltverbotszone, ohne dass es zu einem Abschleppen durch die angeforderte Abschleppfirma kam. Anschließend fuhr das Abschleppfahrzeug zur P.-straße 3, um dort ein weiteres Fahrzeug beiseite zu räumen, womit die Abschleppfirma um 16.32 Uhr beauftragt worden war.

Die Beklagte setzte die von dem Kläger zu erstattenden Kosten auf 91,52 € fest.

Das Verwaltungsgericht Hamburg hat die im Klageverfahren angegriffenen Bescheide aufgehoben, soweit darin ein 34,10 € übersteigender Erstattungsbetrag festgesetzt worden ist; im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Die eigentlichen Abschleppkosten in Höhe des vom Abschleppunternehmen geforderten Betrages in Höhe von 52,20 € und demgemäß auch ein hierauf entfallender Gemeinkostenzuschlag dürften nicht erhoben werden. Nach dem Urteil des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts vom 28. März 2000 sei die Erhebung von Abschleppkosten für einen abgebrochenen Abschleppvorgang unverhältnismäßig, wenn im direkten Anschluss an den Abbruch ein unmittelbar benachbartes Fahrzeug abgeschleppt werde.

Das Oberverwaltungsgericht hat die Berufung der Beklagten mit Beschluss vom 22. Juni 2005 wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des Urteils zugelassen. In der Rechtsmittelbelehrung hieß es, dass die Begründung beim Hamburgischen Oberverwaltungsgericht, Nagelsweg 37, 20097 Hamburg einzureichen sei. Der Beschluss wurde der Beklagten am 5. August 2005 zugestellt. Am 24. August teilte die Beklagte telefonisch mit, dass die Rechtsmittelbelehrung hinsichtlich der Adresse falsch sei. Mit Schriftsatz vom 6. September 2005 (einem Dienstag), der am gleichen Tag bei Gericht einging, beantragt die Beklagte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und begründet ihre Berufung.

#### *Aus den Gründen:*

1. Die Berufung ist zulässig. Insbesondere wurde die Berufungsbegründungsfrist von der Beklagten nicht versäumt.

Nach § 124 a Abs. 6 Satz 1 VwGO ist die durch Beschluss des Oberverwaltungsgerichts zugelassene Berufung innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses über die Zulassung der Berufung zu begründen. Der Beschluss über die Zulassung der Berufung ist der Beklagten am 5. August 2005 zugestellt worden. Der Schriftsatz mit der Berufungsbegründung ging am 6. September 2005 bei Gericht ein. Die Monatsfrist des § 124 a Abs. 6 Satz 1 VwGO wurde damit nicht eingehalten.

Sie brauchte im vorliegenden Fall aber auch nicht eingehalten zu werden. Gemäß § 58 Abs. 1 VwGO beginnt die Frist für ein Rechtsmittel oder einen Rechtsbehelf nur zu laufen, wenn der Beteiligte über den Rechtsbehelf, die Verwaltungsbehörde oder das Gericht, bei denen der Rechtsbehelf anzubringen ist, den Sitz und die einzuhaltende Frist schriftlich oder elektronisch belehrt worden ist. Im vorliegenden Fall ist die Beklagte aber nicht zutreffend im Sinne des § 58 Abs. 1 VwGO über den Sitz des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts belehrt worden, weil in der Rechtsmittelbelehrung des Beschlusses vom 22. Juni 2005 eine fehlerhafte Adresse des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts angegeben war, was zur Folge hat, dass die Berufung - wie geschehen - innerhalb der Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO begründet werden durfte.

1. § 58 Abs. 1 VwGO ist auf die Frist des § 124 a Abs. 6 Satz 1 VwGO anwendbar, obwohl die Begründung einer Berufung (für sich) weder ein Rechtsmittel noch ein Rechtsbehelf ist. Es ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt, dass der Beschluss, durch den die Berufung zugelassen wird, mit einer Rechtsmittelbelehrung über die befristete Berufungsbegründungspflicht versehen werden muss, weil bei zweistufig aufgebauten Rechtsmitteln auch über die zweite Stufe einer fristgebundenen Begründung zu belehren ist (vgl. BVerwG, Beschl. v. 23.10.2000, Buchholz 310 § 124a VwGO Nr. 18, m. weit. Nachw.).
2. Erforderlich für die Richtigkeit der Rechtsmittelbelehrung ist an sich nur die Belehrung über den Sitz des Gerichts im Sinne der §§ 2, 3 VwGO (vgl. BVerwG, Urteil v. 9.11.1966, BVerwGE 25, 261). Die Angabe, dass Sitz des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts Hamburg ist, reicht für eine ordnungsgemäße Rechtsmittelbelehrung aus. Diese Angabe ließ sich der Rechtsmittelbelehrung des Beschlusses vom 22. Juni 2005 entnehmen. Die Angabe der genauen Adresse mit Straße und Hausnummer ist dagegen nicht erforderlich.
3. § 58 Abs. 1 VwGO schließt es nicht aus, in die Belehrung auch Hinweise aufzunehmen, die nicht

zwingend erforderlich sind, um die gesetzlichen Rechtsbehelfs- oder Rechtsmittelfristen in Lauf zu setzen. Solche Zusätze, die an sich entbehrlich sind, entsprechen aber dann nicht mehr den Anforderungen des § 58 Abs. 1 VwGO, wenn sie einen unzutreffenden oder irreführenden Inhalt haben, der sich generell eignet, die Einlegung des Rechtsbehelfs zu erschweren.

In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, dass eine Rechtsbehelfsbelehrung nicht nur dann unrichtig im Sinne von § 58 Abs. 2 VwGO ist, wenn sie die in § 58 Abs. 1 VwGO zwingend geforderten Angaben nicht enthält. Sie ist es vielmehr auch dann, wenn sie geeignet ist, bei dem Betroffenen einen Irrtum über die formellen oder materiellen Voraussetzungen des in Betracht kommenden Rechtsbehelfs hervorzurufen und ihn dadurch abzuhalten, den Rechtsbehelf überhaupt, rechtzeitig oder in der richtigen Form einzulegen (vgl. BVerwG, Urteil v. 21.03.2002, Buchholz 310 § 58 VwGO Nr. 83 m. weit. Nachw.). Ein fehlerhafter Zusatz macht die Rechtsbehelfsbelehrung nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts unrichtig im Sinne des § 58 Abs. 2 Satz 1 VwGO, wenn er objektiv geeignet ist, die Rechtsmittelinlegung zu erschweren (vgl. BVerwG, Beschl. v. 14.2.2000, Buchholz 310 § 58 VwGO Nr. 77 m. weit. Nachw.). Das ist der Fall, wenn er den Adressaten davon abhalten kann, das Rechtsmittel überhaupt, rechtzeitig oder formgerecht einzulegen. Es kommt nicht darauf an, ob der zu beanstandende Zusatz der Belehrung im konkreten Fall tatsächlich einen Irrtum hervorgerufen und dazu geführt hat, dass das Rechtsmittel nicht oder nicht rechtzeitig eingelegt worden ist (vgl. BVerwG, Beschl. v. 27.8.1997, NVwZ 1997, 1211). Es genügt, dass der irreführende Zusatz objektiv geeignet ist, die Rechtsmittelinlegung zu erschweren.

Daran ändert nichts, dass eine unverschuldete Fristversäumnis die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertigte; denn die Erschweris läge unter diesen Umständen in der Pflicht, die Voraussetzungen der Wiedereinsetzung zu erfüllen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 14.2.2000, a. a. O.). Im Hinblick auf diese Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hält der Berufungssenat an seiner gegenteiligen Auffassung, dass aus der Sicht des Rechtssuchenden die Straße und die Hausnummer des anzurufenden Gerichts ohne Bedeutung für die Einlegung des Rechtsmittels seien, weil der Rechtssuchende Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beanspruchen könne, wenn die Unrichtigkeit zur Versäumnis der Rechtsmittelfrist geführt habe (vgl. z.B. Beschl. v. 23.9.1994, OVG Bs VII 242/94; Beschl. v. 11.7.1989, OVG Bf IV 76/89; Beschl. v. 31.3.1987, OVG Bf IV 34/86), nicht mehr fest.

4. Vorliegend war die Rechtsbehelfsbelehrung objektiv geeignet, die Beklagte an der Einhaltung der Berufungsbegründungsfrist zu hindern. Der

Umstand, dass die Beklagte im Berufungszulassungsbeschluss belehrt worden war, dass die Berufungsbegründung beim Hamburgischen Obergericht, Nagelsweg 37, 20097 Hamburg einzureichen sei, ist objektiv geeignet, die Einhaltung der Berufungsbegründungsfrist zu erschweren. Die Angabe einer unzutreffenden Anschrift kann dazu führen, dass der Adressat bei zulässiger Ausschöpfung der Berufungsbegründungsfrist die Berufungsbegründung an die fehlerhafte Adresse versendet und dadurch der Irrtum nicht mehr fristgerecht korrigiert werden kann. Diese Gefahr besteht insbesondere dann, wenn Adressaten der Rechtsmittelbelehrung mit den konkreten Hamburger Verhältnissen nicht vertraute auswärtige Behörden oder Anwälte sind.

- II. Die Berufung ist auch begründet. Das angefochtene Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg ist abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen. ...

1. Die Beklagte hat zu Recht das Abschleppen des Fahrzeugs des Klägers im Wege der Ersatzvornahme angeordnet, weil es im eingeschränkten Haltverbot abgestellt gewesen war, und für diese Maßnahme Erstattung ihrer Kosten verlangt. ...

2. Dem Grunde nach wird der Erstattungsanspruch der Beklagten auch vom Kläger nicht (mehr) in Frage gestellt. Er hat das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg rechtskräftig werden lassen. Lediglich die Berechnung der Kosten für den abgebrochenen Abschleppvorgang in Höhe von 57,42 € für den vom Abschleppunternehmer geltend gemachten Betrag und den darauf erhobenen Gemeinkostenzuschlag ist noch streitig. Die Erstattungsforderung der Beklagten ist jedoch insoweit ebenfalls nicht zu beanstanden.

- a) Der Rechtmäßigkeit der Erstattungsforderung nach § 19 Abs. 1 HmbVwVG steht nicht entgegen, dass die im vorliegenden Fall von der Beklagten angeordnete Ersatzvornahme nicht mehr zur Vollendung gelangt ist, sondern abgebrochen wurde, weil der Kläger selbst bei seinem Fahrzeug erschien und es wegfuhr, so dass der Fahrer des bereits angeforderten Abschleppwagens es nicht mehr umsetzen musste. Auch Kosten solcher abgebrochenen Ersatzvornahmen sind „Kosten der Ersatzvornahme“ im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 1 HmbVwVG (vgl. OVG Hamburg, Urt. v. 28.3.2000, NJW 2001 S. 168, 170). Gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 HmbVwVG waren die Kosten nach den Aufwendungen der Beklagten festzusetzen. Dazu gehören der Betrag von 52,20 €, den der Abschleppunternehmer in Rechnung gestellt hat (§ 1 Abs. 2 Satz 2 VKO), und der auf diese Summe erhobene Gemeinkostenzuschlag in Höhe von 10%, § 77 Abs. 3 lit. a HmbVwVG i. V. m. § 1 Abs. 2 Satz 1 VKO.

- b) Die Beklagte war nach der mit dem beauf-

tragten Abschleppunternehmen vereinbarten Leistungsbeschreibung über die Vergabe des Bergens, Abschleppens bzw. Beiseiteräumens von Fahrzeugen und Fahrzeugteilen auf Grund von Polizeimaßnahmen und Ordnungsmaßnahmen der Marktaufsichten der Bezirksämter in der Freien und Hansestadt Hamburg in der Zeit vom 1.1.2002 bis 31.12.2006 verpflichtet, die vom Abschleppunternehmen geltend gemachten Abschleppkosten zu zahlen. Nach § 8 Absatz 3 Satz 1 der Leistungsbeschreibung liegt ein zu entgeltender abgebrochener Abschleppvorgang bereits dann vor, wenn sich das angeforderte Abschleppfahrzeug auf dem Weg zum Bestimmungsort befindet. Insoweit ist nicht zweifelhaft, dass die Voraussetzungen dieser Bestimmung gegeben sind. Denn das Abschleppfahrzeug fuhr nach Auftragserteilung um 16.25 Uhr zur P.-straße 11, wo das klägerische Fahrzeug bis zum Eintreffen des Abschleppfahrzeugs abgestellt war.

- c) Die Voraussetzungen für eine Ausnahme, nach der gleichwohl die Kosten des abgebrochenen Abschleppvorgangs nicht in Rechnung gestellt werden dürften, liegen nicht vor. § 8 Absatz 3 Satz 2 der Leistungsbeschreibung, wonach für die Abrechnung abgebrochener Abschleppvorgänge im Zweifel der Grundsatz gilt, dass bei nicht erbrachten Fahrleistungen mit dem vollständig verladenen abzuschleppenden Fahrzeug die vergeblichen Anfahrten nur jeweils einmal pro eingesetztem Abschleppfahrzeug in Rechnung gestellt werden dürfen, beinhaltet dabei nur eine Auslegungsregel für die nachfolgenden Absätze 4 und 5 der Leistungsbeschreibung.

§ 8 Absatz 4 Sätze 1 und 2 der Leistungsbeschreibung regeln den Fall, dass sich nur ein Abschleppfahrzeug auf dem Weg zu einem Bestimmungsort befindet, an dem mehr als ein Fahrzeug beiseite zu räumen ist, und sämtliche Fahrzeuge vor Eintreffen des Abschleppfahrzeugs entfernt werden. § 8 Absatz 5 Satz 1 der Leistungsbeschreibung enthält Bestimmungen für den Fall, dass ein oder mehrere Fahrzeuge vor dem Eintreffen des Abschleppfahrzeugs oder vor der Verladung vom Verfügungsberechtigten entfernt wurden, sich jedoch noch mindestens ein beiseite zu räumendes Fahrzeug am Bestimmungsort befindet und verladen wird. Beide Fallgruppen setzen voraus, dass sich die Fahrzeuge an ein- und demselben Bestimmungsort befanden. Das war hier jedoch nicht der Fall. Denn das im Anschluss an den abgebrochenen Abschleppvorgang vom Abschleppunternehmen in der P.-straße 3 beiseite geräumte Fahrzeug befand sich aufgrund der Entfernung von 75 m bereits an einem anderen Abschlepport; maßgebend ist nicht die „Sichtweite“, sondern die unmittelbare Nachbarschaft an

ein- und demselben Bestimmungsort. Wegen dieses Erfordernisses eines unmittelbar benachbarten Fahrzeugs liegt auch nicht der in § 8 Abs. 5 Satz 2 der Leistungsbeschreibung beschriebene Fall des Abschleppens eines unmittelbar benachbarten Fahrzeugs in direktem Anschluss an einen abgebrochenen Abschleppvorgang vor.

- d) Die Vereinbarung zwischen der Beklagten und dem von ihr beauftragten Abschleppunternehmen ist nicht zu beanstanden. Insbesondere genügt sie den Anforderungen des Äquivalenzprinzips. Wie das Berufungsgericht in seinem Urteil vom 28. März 2000 (a. a. O.) ausgeführt hat, erschöpfen sich die Anforderungen an in Rechnung gestellte Aufwendungen Dritter nicht in einer lediglich kassentechnischen Prüfung, dass Aufwendungen in dieser Höhe entstanden sind. Das aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abgeleitete Äquivalenzprinzip gebietet, dass auch bei Fremdleistungen kein Missverhältnis zwischen Leistung und Entgelt bestehen darf. Wie das Hamburgische Obergericht im zitierten Urteil vom 28. März 2000 ausführlich begründet hat, ist es aber nicht zu beanstanden, dass für abgebrochene Abschleppvorgänge ein Entgelt vom Abschleppunternehmer bereits verlangt werden kann, sobald sich ein angefordertes Abschleppfahrzeug auf dem Weg zum Bestimmungsort befindet. Dem Differenzierungsbedürfnis wird dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass für abgebrochene Vorgänge ein deutlich geringeres Entgelt als für vollendete Abschleppmaßnahmen vereinbart ist. Die vereinbarten Preise stehen auch bei abgebrochenen Abschleppvorgängen nicht außer Verhältnis zu der erbrachten Leistung. Dort sind neben den Vorhaltekosten immer auch konkrete Aufwendungen für die Anfahrt zu verzeichnen. Dabei kann es unter Pauschalierungsgesichtspunkten auf die Länge des Anfahrtsweges nicht ankommen. Deshalb sind Kosten auch dann zu erstatten, wenn das Abschleppfahrzeug nur „um die Ecke“ oder in derselben Straße lediglich kurze Strecken gefahren werden muss. Ist ein beiseite zu räumendes Fahrzeug entfernt worden und befand sich das hierfür bestimmte Abschleppfahrzeug bereits auf dem Weg zum Bestimmungsort, hat der Pflichtige den für einen abgebrochenen Abschleppvorgang zu entrichtenden Betrag zu erstatten. Eine Ausnahme ist nach dem Äquivalenzprinzip dann zu machen, wenn eine im Verhältnis zur Zahl der abzuschleppenden Fahrzeuge geringere Zahl von Abschleppwagen an den Einsatzort entsendet wird, weil eine solche Konstellation eine konkrete Zuordnung der Abschleppwagen zu den einzelnen beiseite zu räumenden Fahrzeugen nicht zulässt; ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor.