

## OLG Nürnberg

### § 113 Abs. 1 StVollzG (Frist für den Vornahmeantrag)

Die in § 113 Abs. 1 StVollzG festgelegte Frist für einen Vornahmeantrag darf nicht dadurch umgangen werden, dass die bloße Untätigkeit der Vollzugsbehörde über einen bestimmten Zeitraum hinweg als konkludente Ablehnung einer Maßnahme gewertet wird.

(OLG Nürnberg, Beschluss vom 28. Februar 2008 – 2 Ws 66/08)

#### Gründe

1. Die statthafte, form- und fristgerecht eingelegte Rechtsbeschwerde ist zur Fortbildung des Rechts zulässig. Es ist obergerichtlich – soweit ersichtlich – bisher nicht geklärt, unter welchen Voraussetzungen von einer konkludenten Ablehnung einer begehrten Maßnahme ausgegangen werden kann.

2. Der Senat hat von Amts wegen zu überprüfen, ob der Antrag auf gerichtliche Entscheidung zulässig war, denn dies stellt eine Verfahrensvoraussetzung dar. Fehlt sie, so ist auf die zulässige Rechtsbeschwerde der Vollzugsbehörde die angefochtene Entscheidung aufzuheben und der Antrag des Gefangenen ohne weiteres als unzulässig zurückzuweisen (OLG Stuttgart NStZ 1986, 480; KG Berlin Beschluss vom 14.03.2007 2/5 Ws 325/05 Vollz).

Der Antragsteller hat bereits in seinem Antrag auf gerichtliche Entscheidung vom 27.09.2007 neben dem Verpflichtungsantrag auch einen Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vorgehens der Justizvollzugsanstalt gestellt, den er auch ausdrücklich als Feststellungsklage bezeichnet hat.

a) Als allgemeiner Feststellungsantrag war das Begehren des Antragstellers aus Gründen der Subsidiarität dieser Antragsart nicht zulässig. Zwar ist anerkannt, dass im Hinblick auf die in Art. 19 Abs. 4 GG verankerte umfassende Rechtsschutzgarantie ein derartiger Antrag nicht generell unstatthaft ist. Ein derartiger, der allgemeinen verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage nachgebildeter allgemeiner Feststellungsantrag ist jedoch ausschließlich zur Schließung der ansonsten bestehenden Rechtsschutzlücke, also nur dann zulässig, wenn ein Anfechtungs- und Verpflichtungsantrag ausgeschlossen ist und dem gemäß § 115 Abs. 3 StVollzG gerade nicht eingreift. In den Fällen, in denen ein zulässiger Anfechtungs- oder Verpflichtungsantrag erhoben wurde, bzw. hätte erhoben werden können, ist die allgemeine Feststellungsklage hingegen subsidiär (OLG Frankfurt NStZ-RR 2004, 29).

Ein solcher Fall liegt hier vor. Bei der Zulassung zu einem Gespräch mit dem Anstaltsleiter handelt es sich um eine Maßnahme im Sinne des § 109 StVollzG (OLG Hamm StV 1987, 114), die der Strafgefangene mit einem Verpflichtungsantrag verfolgen kann, was er im vorliegenden Fall auch getan hat.

a) Auch als Feststellungsantrag gemäß Art. 208 Bay StVollzG, § 115 Abs. 3 StVollzG ist der Antrag nicht zulässig.

Die Strafvollstreckungskammer ist zwar zu Recht davon ausgegangen, dass sich aufgrund der Aufstellung zur Sprechstunde des Abteilungsleiters am 11.10.2007 die beantragte Maßnahme erledigt hat. Nach der Rechtsprechung der beiden Strafsenate des Oberlandesgerichts Nürnberg schließt die Regelung des § 108 Abs. 1 Satz 1 StVollzG nicht aus, dass zunächst der zuständige Abteilungsleiter mit der Anhörung beauftragt wird. Wird dem Anliegen des Gefangenen Rechnung getragen, so erübrigt sich ein Gespräch mit dem An-

staltsleiter (Ws 726/04 = StVK 368/03 LG Regensburg in Straubing). Insbesondere hat der Gefangene auch nicht vorgebracht, dass er nach dem Gespräch mit dem Abteilungsleiter noch ein Gespräch mit dem Anstaltsleiter über einen konkreten Gegenstand verlangt habe. Ein Feststellungsantrag nach § 115 Abs. 3 StVollzG ist jedoch nur dann zulässig, wenn die Zulässigkeitsvoraussetzungen für den zunächst gestellten Anfechtungs- oder Verpflichtungsantrag auch gegeben waren. Somit müssen die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Antrags auf gerichtliche Entscheidung vorgelegen haben (OLG Frankfurt NStZ-RR 2004, 29; Calliess/Müller-Dietz 10. Aufl. StVollzG § 115 Rdnr. 14). Hieran fehlt es im vorliegenden Fall. Gemäß § 113 Abs. 1 StVollzG kann der Antrag, der sich gegen das Unterlassen einer Maßnahme wendet, nicht vor Ablauf von drei Monaten seit dem Antrag auf Vornahme der Maßnahme gestellt werden, es sei denn, dass eine frühere Anrufung des Gerichts wegen besonderer Umstände des Falles geboten ist. Zum Zeitpunkt der Erledigung der Maßnahme am 11.10.2007 waren diese drei Monate noch nicht abgelaufen, da der Antrag auf ein Anstaltsleitergespräch erst am 23.08.2007 gestellt und am 13.9.2007 näher konkretisiert worden war. Besondere Umstände im Sinne des § 113 Abs. 1 StVollzG sind nicht ersichtlich.

Soweit die Strafvollstreckungskammer in der fehlenden Aufstellung zu den Sprechstunden des Anstaltsleiters beziehungsweise des Abteilungsleiters für einen Zeitraum von über einen Monat (unter Bezugnahme auf die erste Antragstellung, nicht auf die Konkretisierung des Antrages) eine konkludente Ablehnung der Anhörung gesehen hat, ist dies rechtsfehlerhaft.

Vollzugsmaßnahmen können unter Umständen zwar auch in einem konkludenten Verhalten zu sehen sein, zum Beispiel im Ausstellen einer Bescheinigung oder Erteilung einer Auskunft. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn

unmissverständlich zum Ausdruck gebracht wird, dass eine verbindliche Regelung gewollt ist. Bloßes Still-schweigen bzw. bloße Untätigkeit ist kein Verwaltungsakt, es sei denn, es lagen im Einzelfall besondere Umstände vor, die zweifelsfrei für das Gegenteil sprechen den (Schwindt./Böhm/Jehle StVollzG 4. Aufl. § 109 Rdnr. 19).

Im vorliegenden Fall durfte die Strafvollstreckungskammer lediglich aufgrund einer Untätigkeit der Justizvollzugsanstalt nicht von einer konkludenten Ablehnung des beantragten Anstaltsleitergespräches ausgehen. Dies gilt umso mehr, als die Justizvollzugsanstalt in ihrer Stellungnahme vom 02.10.2007 darauf hinwies, der Antragsteller könne damit rechnen, in nächster Zeit zur Sprechstunde beim zuständigen Abteilungsleiter aufgestellt zu werden.

Im Übrigen hatte die Strafvollstreckungskammer, falls sie von einer Dringlichkeit des Anstaltsleitergespräches ausgegangen wäre, im Hinblick auf das Bejahen des Vorliegens besonderer Umstände nach § 113 Abs. 1 StVollzG auch die Möglichkeit gehabt, die Justizvollzugsanstalt im Zuge einer einstweiligen Anordnung zu einem solchen Gespräch zu verpflichten. Diese einstweilige Anordnung hat die Strafvollstreckungskammer zu Recht abgelehnt, da der Strafgefangene weder für das Vorliegen besonderer Umstände im Sinne des § 113 Abs. 1 StVollzG noch einer Dringlichkeit im Sinne des § 114 StVollzG ausreichende Umstände vorgetragen hat. Der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit war daher als unzulässig zurückzuweisen.