

Fünfter Titel.

Arbeit, Ausbildung und Weiterbildung

Vorbemerkung

Übersicht

- A. Inhalt und Systematik des Fünften Titels
- B. Arbeitsmarkt, politisches System und Strafvollzug
- C. Die Regelung der §§ 37–52 – eine stillschweigende Verhängung von Zusatzstrafen?
- D. Die Grundrechte des Strafgefangenen und ihre Realisierung bei Arbeit und Ausbildung
- E. Entsprechende Anwendung arbeits- und sozialrechtlicher Normen?
- F. Gefangenearbeit und Völkerrecht
- G. Antidiskriminierungsrecht und Strafvollzug

A. Inhalt und Systematik des Fünften Titels

1Die §§ 37–52 enthalten die wichtigsten Vorschriften über „Arbeit, Ausbildung und Weiterbildung“. Ihre **innere Systematik** ist **wenig gelungen**; dazu kommt, dass sich arbeits- und ausbildungsbezogene Vorschriften auch in anderen Teilen des Gesetzes finden (vgl. unten Rdn. 7).

2Der Fünfte Titel beginnt mit der **Grundsatzbestimmung des § 37 Abs. 1**, die für Arbeit sowie Aus- und Weiterbildung gleichermaßen gilt und den Resozialisierungszweck des § 2 S. 1 konkretisiert. Die Arbeit in der Anstalt wird in Übereinstimmung mit der Realität als Normalfall behandelt (*Kaiser/Schöch* 2002 § 7 Rn. 115; *Weinert* 1988, 293) und in § 37 Abs. 2 inhaltlich in der Weise umschrieben, dass es sich um „wirtschaftlich ergebnisreiche“ Arbeit handeln soll, bei der die Fähigkeiten, Fertigkeiten und Neigungen des Gefangenen „zu berücksichtigen“ sind. Dass es sich dabei um Zwangsarbeit handelt, wird erst in § 41 Abs. 1 S. 1 angesprochen. Der Arbeit im Sinne des § 37 Abs. 2 sind nach § 41 Abs. 1 S. 2 Hilfstätigkeiten in der Anstalt gleichgestellt, die grundsätzlich auf 3 Monate pro Jahr beschränkt sind.

3Von diesem „Normalmodell“ der **Gefangenearbeit** gibt es zahlreiche **Abweichungen**. Für Freigänger sieht § 39 Abs. 1 S. 1 die Möglichkeit zum Abschluss eines „freien Beschäftigungsverhältnisses“ vor, § 39 Abs. 2 ermächtigt die Vollzugsbehörde, dem Gefangenen „Selbstbeschäftigung“, d. h. insbes. eine freiberufliche Tätigkeit zu gestatten. Eine negative Abweichung enthält demgegenüber § 37 Abs. 4, wonach eine „angemessene Beschäftigung“ zugeteilt wird, wenn keine wirtschaftlich ergebnisreiche Arbeit vorhanden ist. § 37 Abs. 5 sieht schließlich eine

arbeitstherapeutische Behandlung für solche Gefangenen vor, die zu wirtschaftlich ergiebiger Arbeit nicht in der Lage sind.

4In diese Regelung über die Gefangenenarbeit sind Vorschriften über **Aus- und Weiterbildung** eingebaut, wobei man sich über die Gleichrangigkeit beider Beschäftigungsformen einig ist (vgl. *C/MD* Rn. 1; *Kaiser/Schöch* 2002 § 7 Rn. 108). Nach § 37 Abs. 3 soll „geeigneten Gefangenen“ Gelegenheit zur Berufsausbildung, beruflichen Weiterbildung oder Teilnahme an anderen ausbildenden oder weiterbildenden Maßnahmen gegeben werden. Wird davon Gebrauch gemacht, entfällt grundsätzlich die Arbeitspflicht. § 38 sieht Unterricht in den zum Hauptschulabschluss führenden Fächern oder nach Art der Sonderschule vor; außerdem wird berufsbildender Unterricht verlangt. § 40 will die Gleichwertigkeit des Abschlusszeugnisses mit dem in der Freiheit erlangten dadurch sicherstellen, dass kein Hinweis auf die Gefangenschaft enthalten sein darf.

5Stehen keine (ausreichenden) Ausbildungsmöglichkeiten zur Verfügung, bleibt es de facto bei der Arbeitspflicht; als „Auffanglösung“ kommt die „**angemessene Beschäftigung**“ nach § 37 Abs. 4 in Betracht. Auf der anderen Seite ist bei Freigängern auch der Abschluss eines normalen Berufsausbildungsvertrags mit einem privaten Arbeitgeber möglich, soweit die Ausbildung außerhalb der Anstalt stattfindet (§ 39 Abs. 1 S. 1).

6Der konkrete Inhalt des (**Zwangs-)-Arbeits- bzw. Ausbildungsverhältnisses** ist im Gesetz **nur in Ansätzen geregelt**. Dem Mindesturlaub nach § 3 BUrlG ist die Arbeitsfreistellung nach § 42 nachgebildet. Das Arbeitsentgelt ist in § 43, die grundsätzlich gleichgestellte Ausbildungsbeihilfe in § 44 geregelt. Einzelheiten finden sich in der aufgrund der Ermächtigung des § 48 ergangenen Strafvollzugsvergütungsordnung sowie in den Verwaltungsvorschriften. Die den Entgeltfortzahlungsvorschriften für Arbeitnehmer „nachempfundene“ Vorschrift des § 45 über die Ausfallentschädigung ist noch nicht in Kraft getreten.

7Wesentliche Vorschriften über die Art und Weise der **Arbeit** und die Einbeziehung der Gefangenen in die Sozialversicherung finden sich in **anderen Teilen des Gesetzes**. Nach § 17 Abs. 1 finden Arbeit und Ausbildung „gemeinsam“ statt. Nach § 201 Nr. 2 ist seit 1. 1. 1989 die sog. Zellenarbeit nur noch ausnahmsweise, d. h. unter den Voraussetzungen des § 17 Abs. 3 zulässig. Möglich und in der Praxis verbreitet ist Arbeit in Betrieben, die von Privatunternehmen in der Vollzugsanstalt unterhalten werden; nach § 149 Abs. 4 kann in diesen Fällen die technische und fachliche Leitung den Beauftragten des Unternehmens übertragen werden. Bei der Arbeit sind nach § 149 Abs. 2 S. 2 die Arbeitsschutz- und Unfallverhütungsvorschriften zu beachten. Schließlich erstreckt sich die Gefangenenmitverantwortung nach § 160 auch auf Probleme von Arbeit und Ausbildung. Die Sozialversicherung ist in den §§ 190 ff. geregelt.

8Eingehende Regelung hat demgegenüber im Fünften Titel die Frage erfahren, inwieweit der Gefangene über ihm zustehende Geldbeträge verfügen kann. Anders als bei freien Arbeitnehmern, bei denen die **Lohnverwendungsabrede** seit langem **beschränkt** ist (dazu *Däubler* 2009, Rn. 834a), sieht sich der Strafgefangene umfassend reglementiert.

Nach § 47 dürfen 3/7 des (niedrigen) Arbeits- oder Ausbildungsverdienstes als sog. Hausgeld für den Einkauf nach § 22 Abs. 1 verwendet werden. Die verbleibenden 4/7 werden nach § 51 dem sog. Überbrückungsgeld (das den Lebensunterhalt während der ersten 4 Wochen nach der Entlassung sicherstellen soll) oder dem Eigengeld nach § 52 zugewiesen. Letzteres kann aber grundsätzlich nicht für den Einkauf verwendet werden. Dies ist insbes. bei Freigängern wichtig; auch wenn sie in einem Arbeitsverhältnis stehen, wird ihr Entgelt nach § 39 Abs. 3 in der Regel der Vollzugsbehörde überwiesen, die dann ein angemessenes Hausgeld bewilligt. Ein Haftkostenbeitrag wird nach § 50 im Regelfall nicht erhoben, doch gelten Ausnahmen bei Freigängern und bei Selbstbeschäftigung.

9 Wer **schuldlos ohne Arbeit** ist, erhält nach § 46 ein **Taschengeld**, um wenigstens einige elementare Bedürfnisse befriedigen zu können. Bei Arbeitsverweigerung entfällt auch dieses, so dass der Gefangene ausschließlich auf die Gefängniskost und sonstige Leistungen angewiesen ist, die die Anstalt von sich aus erbringt. Inwieweit diese Schlechterstellung gegenüber einem Sozialhilfe- bzw. Hartz IV - Empfänger rechtlichen Bestand hat, wird zu überprüfen sein (s. § 46 Rdn. 7).

10 Das Gesetz enthält so gut wie **keine Vorschriften**, die die definitive **Wiedereingliederung** des entlassenen Gefangenen betreffen. Einschlägig ist insoweit lediglich die Zeugnisvorschrift des § 40 sowie das Überbrückungsgeld nach § 51. Die Aussage des Bundesverfassungsgerichts, das entscheidende Stadium der Resozialisierung beginne mit der Entlassung (BVerfGE 35, 202, 235), hat beim Gesetzgeber nur wenig Resonanz gefunden; auch die Tatsache, dass das Sozialstaatsprinzip Fürsorge für Entlassene verlange (BVerfGE 35, 202, 236), hat nicht zu weitergehenden Aktivitäten des Gesetzgebers geführt.

Dies lässt Zweifel daran aufkommen, ob es bei der Zwangsarbeit und auch den Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten im Strafvollzug wirklich primär um eine Erleichterung der Wiedereingliederung geht, wie es § 37 Abs. 1 deklariert, oder ob nicht die Erhaltung von Sicherheit und Ordnung der Anstalt vorrangiges Motiv oder zumindest vorrangiger Effekt ist (siehe unten Rdn.16).

Bemerkenswert sind allerdings die verstärkten Bemühungen einiger Bundesländer, schon vor der Entlassung eine Verzahnung mit Einrichtungen der Nachsorge im beruflichen Bereich herbeizuführen und auf diesem Wege die berufliche Integration von Straftentlassenen nachhaltig zu verbessern (*Stein* 2008, 199; zur arbeitsmarktorientierten Entlassungsvorbereitung und der 3-Säulenstrategie in NRW *Wirth* FS 2009, 75ff.; *ders.* Bewährungshilfe 2006, 137ff.; zur beruflichen Entlassungsvorbereitung in der JVA Fuhsbüttel *Gross* 2009, 171ff.). Beispielhaft ist das Projekt „B.I.S.S.“ (**B**ildung und **I**ntegration Strafgefangener und **S**traftentlassener) des Landes Thüringen zu nennen. Es ist im Jahr 2006 entwickelt worden und beinhaltet sowohl sämtliche Elemente der Berufsbildung als auch die berufliche Integration der Gefangenen in Verbindung mit einer sechsmonatigen Betreuung nach der Entlassung auf freiwilliger Basis (*Stein* a.a.O.,197). Zu begrüßen ist auch das bundesweit bisher einmalige Projekt der Berliner Arbeitsagentur Nord, die in der Jugendhaftanstalt Berlin-Plötzensee eine eigene

Zweigstelle betreibt (vgl. Bericht in der Süddeutschen Zeitung v. 12./13. Februar 2011, 36).

11 Auch im Fünften Titel gibt es Vorschriften, die **noch nicht in Kraft getreten** sind oder die bis auf weiteres in einer Übergangsfassung gelten. Neben dem schon erwähnten § 45 steht bislang der Unterhaltsbeitrag nach § 49 auf dem Papier. Dasselbe gilt für § 41 Abs. 3, wonach die Beschäftigung in Unternehmerbetrieben der Zustimmung des Gefangenen bedarf, sowie für die Vorschriften über die Kranken- und Rentenversicherung nach §§ 190 ff.; wenigstens ist die Einbeziehung in die Arbeitslosenversicherung (neben der schon früher bestehenden Unfallversicherung) erfolgt.

B. Arbeitsmarkt, politisches System und Strafvollzug

12 Arbeit existiert auch dann nicht losgelöst vom Arbeitsmarkt, wenn sie sich innerhalb des „geschlossenen Systems“ einer JVA vollzieht. **Der Gefangene leistet abhängige Arbeit** und das Interesse an ihr wird umso größer sein, je knapper die Arbeitskräfte auf dem freien Markt sind. Dies zeigt nicht zuletzt die historische Entwicklung (dazu *Cornel u.a.* 1978, 65). So führte die Erweiterung der Märkte und der gleichzeitige Bevölkerungsrückgang im 17. Jahrhundert zu einer Nachfrage nach Arbeitskräften, welche sich auf das Strafsystem auswirkte: „Die Möglichkeit, die Arbeitskraft von Gefangenen auszubeuten, erweckte nun größere Aufmerksamkeit. Galeerensklaverei, Deportationen und Zwangsarbeit wurden eingeführt . . .“ (*Rusche/Kirchheimer* 1974, 36). Die industrielle Revolution, insbes. die Einführung der Maschinerie und das gleichzeitige Anwachsen einer industriellen Reservearmee, veränderte diese Situation grundlegend. Es ging nun nicht mehr um den nutzbringenden Einsatz der Arbeitskräfte, sondern nur noch darum, sie zu disziplinieren und von der Begehung weiterer Straftaten abzuschrecken. Für den Vollzug der Freiheitsstrafe hatte dies drastische Auswirkungen: „Die Gefängnisarbeit wurde zu einer Foltermethode, und die Behörden zeigten sich in der Entwicklung neuer Formen findig genug. Arbeiten, die außer der Strafe keinen Zweck erfüllten, wurden so erschöpfend wie möglich gemacht und über unerträglich lange Zeiträume hinweg ausgedehnt“ (*Rusche/Kirchheimer* 1974, 156 f.). Bei der Gefängnisarbeit in ihrer heutigen Form kann man wohl nicht mehr von Folter oder Ausbeutung sprechen, auch wenn die Ausnutzung einer Zwangslage zweifelsohne gegeben ist. Für externe Unternehmer scheint jedoch in der Regel immer noch die Nutzung von Arbeitskräften in Billiglohnländern lukrativer zu sein (vgl. *Eckbauer/Völge/Emken* FS 2009, 170). Der Staat erwirtschaftet (zum weiteren Wert der Gefangenenarbeit für den Staat siehe unten Rdn. 17) zwar durch die Arbeit der Gefangenen nicht unerhebliche Summen (vgl. z.B. zu BY *Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz* 2010, 20: im Jahre 2009 betragen die Einnahmen der Arbeitsverwaltung 42,8 Mio. €), die aber letztlich nur einen Bruchteil der Kosten des Strafvollzuges aufwiegen (*Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz* 2010, 43: in BY im Jahr 2009 insg. 333,9 Mio. €; vgl. auch *Sigel ZfStrVo* 1990, 266; *Weinert* 1988, 286: selten wurden in der Vergangenheit mehr als 10 bis 15 % der Vollzugskosten erwirtschaftet).

13 Dies hängt sicher auch damit zusammen, dass die in den Vollzugsanstalten geleistete Arbeit im Allgemeinen **nicht mit der in Freiheit erbrachten konkurrenzfähig ist**. Ihre Produktivität ist geringer (Kerner 1992, § 14 Rn. 19). Dies hat eine Reihe unterschiedlicher Ursachen. Die Techniken, mit denen gearbeitet wird, entsprechen häufig nicht dem neuesten Stand – sei es, dass die öffentliche Hand aus Finanzknappheit nicht die nötigen Investitionen tätigt, sei es, dass ein Privatunternehmer teure und empfindliche neue Geräte nicht gerade in der JVA zum Einsatz bringt (gerade in Anstalten mit vielen langstrafigen Insassen kann es für Unternehmer im Einzelfall allerdings durchaus lohnenswert sein, in teure Geräte und auch in die Aus- und Weiterbildung der dort beschäftigten Gefangenen zu investieren). Dazu kommt, dass Gefangene mit vergleichsweise geringeren bildungsmäßigen und sozialen Defiziten häufig in Ausbildungsprogramme aufgenommen oder zu Freigängern gemacht werden; die Anstaltsbetriebe müssen so mit sehr viel mehr Problemen fertig werden. Die Tatsache schließlich, dass sich der Gefangene die ihm zusagende Arbeit nicht aussuchen kann, wirkt als zusätzliche Motivationshemmung; das geringe Entgelt tut ein Übriges. Die Gefängnisarbeit ist marginalisierte Arbeit in einem umfassenden Sinne. Bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten droht die vorübergehende Nicht-Auslastung oder der Abbau von Unternehmerbetrieben (vgl. *SBJL-Laubenthal* § 37 Rn. 10; Kerner 1992, § 14 Rn. 13). Als unverschuldet Arbeitsloser ist der Strafgefangene in diesem Fall auf ein Taschengeld nach § 46 reduziert. Vom Status einer Vollbeschäftigung ist auch das vollzugliche Arbeitswesen weit entfernt. So waren etwa in BY im Jahre 2009 durchschnittlich lediglich 48,5 % der Inhaftierten beschäftigt, wobei in die Bezugsgröße allerdings auch die nicht zur Arbeit verpflichteten Untersuchungsgefangenen sowie z. B. wegen Krankheit und Alter arbeitsunfähige Strafgefangene einbezogen waren (*Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz* 2010, 20).

14 Ähnlich wie bei anderen, dem Wettbewerb nicht gewachsenen Arbeitsformen (z. B. technisch rückständige Betriebe in Entwicklungsländern) droht im Prinzip die Gefahr, dass die Wettbewerbsfähigkeit durch „**Dumpingpreise**“ wiederhergestellt wird. Strafgefangene zu Billigst-Preisen einzusetzen, wird nicht selten als Missbrauch gesehen. Da diese Vorstellung auch in vielen anderen Ländern existiert, ermächtigt Art. XX Buchstabe e des GATT die einzelnen Staaten, „hinsichtlich der in Strafvollzugsanstalten hergestellten Waren“ die nötigen Maßnahmen zu treffen, beispielsweise einen Ausgleichszoll zu erheben, der den Kostenvorteil wieder beseitigt (Text bei *Benedek* 1998, 99). Dass diese Befürchtung in gewissem Umfang eine reale Grundlage hat, wird z. B. daran deutlich, dass der BGH im Jahre 1975 über einen Fall zu entscheiden hatte, in dem ein Strafgefangener **für DM 1,50 pro Tag** dem „Bund der Strafvollzugsbediensteten“ zur Verfügung gestellt wurde, um Buchbinderarbeiten zu erledigen (BGH AP Nr. 24 zu Art. 14 GG). Auch wenn der Tagessatz im Jahre 2011 – die sog. Eckvergütung zugrunde gelegt – 11,04 € beträgt (s. unten § 43 Rdn. 10), sind die Differenzen zur Vergütung der „freien“ Arbeit noch immer eklatant. In der Literatur wird allerdings zu Recht vor einer Dramatisierung gewarnt. Das Problem der Wettbewerbsverzerrung trete sehr selten auf, da nur ein kleiner Teil der Arbeitsprodukte auf dem freien Markt verkauft werde (*Böhm* 2003, Rn. 304; Kerner 1992, § 14 Rn. 7 f.),

wobei hier jedoch auf die zunehmende Zahl von „Knast-Shops“ hinzuweisen ist, welche in den Justizvollzugsanstalten hergestellte Produkte verkaufen (vgl. z.B. den Vertrieb von Produkten von Gefangenen in NRW unter <http://www.knastladen.de>). Auch werden den in der Anstalt tätigen Unternehmen nicht nur die geringen Vergütungen der Gefangenen (sondern höhere) in Rechnung gestellt (zu den Konsequenzen für die Unternehmer oben Rdn.12). Im Einzelfall ist es Sache der Behörden, ihrer wirtschaftspolitischen Verantwortung gerecht zu werden. Auch verpflichtet sie das Haushaltsrecht, produzierte Waren zu marktconformen Bedingungen zu verkaufen. Schließlich ist dafür zu sorgen, dass Freigänger nach § 39 Abs. 1 S. 1 nicht zu untertariflichen Bedingungen beschäftigt werden (s. § 39 Rdn. 16).

15 Wenn die Gefangenenarbeit unter diesen Umständen wegen ihrer wirtschaftlichen Unergiebigkeit nicht abgeschafft wurde, so hängt dies auch damit zusammen, dass **Arbeit** nach verbreiteter Auffassung noch immer das beste **Läuterungsmittel** für Strafgefangene ist (vgl. BVerfG v. 27.12.2007 – 2 BvR 1061/05, zitiert nach BeckRS 2008, 30831: Arbeit sei zentrales Instrument des verfassungsrechtlich gebotenen Behandlungsvollzuges). Nr. 80 der DVollzO, wonach Arbeit die „Grundlage eines geordneten und wirksamen Vollzuges ist“, gilt der Sache nach weiter, auch wenn es nicht mehr (vorrangig) um Vergeltung, sondern nach § 2 S. 1 um Resozialisierung geht (vgl. *Laubenthal* 2008, Rn. 393). Die Alltagstheorie, wonach wer ordentlich arbeitet, auch ein ordentlicher Mensch wird, ist unter gesamtwirtschaftlichen Aspekten verführerisch: Besteht wirklich die resozialisierungsfördernde Wirkung von Arbeit, könnte sich die Beschäftigung von Gefangenen im Ergebnis „auszahlen“, da der Gesellschaft künftige Schädigungen durch Straftaten erspart blieben. Der resozialisierte Mensch ist in allen Lebenszusammenhängen ein geringerer Risikofaktor als der abweichendem Verhalten zuneigende – ist Risikovermeidung aber nicht eines der herrschenden Paradigmen der derzeitigen gesellschaftspolitischen Diskussion?

16 Ein theoretischer oder gar ein empirischer **Beweis**, dass Gefängnisarbeit wirklich derartige **positive Folgen** hat, **ist bislang nicht geführt worden** (vgl. *Kerner 1992*, § 14 Rn. 20). Vieles spricht dafür, dass lediglich Sekundärtugenden wie Pünktlichkeit, Fleiß, Ausdauer eingeübt (*Kerner 1992* a. a. O. Rn. 27) und durch die ambivalente Fähigkeit des Motivation-Vortäuschen-Könnens ergänzt werden. So wie Unregelmäßigkeiten bei der Arbeit, häufiger Arbeitsplatzwechsel, abgebrochene Ausbildung usw. nicht Ursache von Kriminalität, sondern Folge des auch zur Begehung strafbarer Handlungen führenden Mangels an allgemeinen sozialen Fähigkeiten sind, genauso kuriert auch eine im Gefängnis anezogene Arbeitshaltung im Grunde nur die Symptome. Auch ist fraglich, ob die fehlende Integration in Beschäftigungsprozesse in besonderem Maße mit ursächlich für kriminelles Verhalten ist, oder ob nicht vielmehr eher der Berufseinstieg an deviantem Verhalten, vor allem mit anschließender Inhaftierung, scheitert (vgl. *Wirth* Bewährungshilfe 2006, 138).

Wenn zwar die positiven Folgen der Gefängnisarbeit für die Resozialisierung der Gefangenen höchst zweifelhaft sind, so gilt dies nicht für die positiven Folgen für die Justiz: die Mehrzahl der Gefangenen ist tagsüber beschäftigt und abends müde, sie kann

durch Lohn und Lohnsteigerungen motiviert und „bei Laune“ gehalten werden, begehrte Arbeitsplätze können den Gefangenen als Bonus im Gegenzug für Wohlverhalten angeboten werden, Beschwerdeschreibern kann die Einteilung zu wenig erwünschter Arbeit angedroht werden usw. Dem entsprechend lässt sich belegen, dass regelmäßige Beschäftigung zu einem Rückgang von körperlichen Auseinandersetzungen und Selbstverletzungen, von subkulturellen Verhaltensweisen sowie von Eingaben und Beschwerden führt (Schroven FS 2009, 167). Mit der gesetzlichen Legitimation der Zwangsarbeit (vgl. § 37 Rdn. 1) lässt sich dies allerdings schwerlich rechtfertigen.

17Die Forderung nach der **Abschaffung der Gefängnisarbeit** hat unter anderem wohl auch wegen dieser Effekte in der politischen Öffentlichkeit einen schweren Stand. Hinzu kommt, dass in der Gesellschaft Vorstellungen vorhanden sind, die Arbeit keineswegs als Läuterungsmittel, sondern bewusst als Strafübel verstehen.

Entscheidend ist jedoch, dass auch **alternative Konzepte** des Vollzugs der Freiheitsstrafe mit vergleichbaren Unsicherheiten behaftet sind und jedenfalls keine Garantie dafür übernehmen können, das Resozialisierungsziel des § 2 S. 1 besser zu erreichen. Folge dieser Unsicherheit kann es nur sein, Eingriffe in die Rechtssphäre des Gefangenen möglichst gering zu halten und den vom Gesetz eröffneten Experimentierspielraum zu nutzen. Wenn schon die heilende (und damit die Gesellschaft schützende) Funktion der Gefängnisarbeit nicht erwiesen ist, fehlt jeder überzeugende Grund für die Aufrechterhaltung eines Regimes starrer Zwangsarbeit. Auch werden in der Praxis Bedienstete im Arbeitswesen kaum nach ihrem Beitrag zur Resozialisierung, sondern (zumindest informell) eher nach den Umsätzen und dem reibungslos funktionierenden Ablauf ihrer Betriebe beurteilt. Um den gesetzgeberischen Vorgaben insbesondere im Hinblick auf eine (etwaige) resozialisierende Wirkung der Gefangenenarbeit überhaupt gerecht werden zu können, wäre es somit dringend notwendig, auch die rechtlichen Rahmenbedingungen dafür zu schaffen, dass die Zielvorstellungen der Praxis denjenigen des Gesetzgebers angeglichen werden. Hierzu müsste dem Erfordernis der wirtschaftlichen Ergiebigkeit ein gleichwertiges und vor allem auch für die Anstaltsbediensteten **verbindliches Postulat einer Resozialisierungshilfe zur Seite gestellt** werden. Erforderlich wäre insbesondere eine verstärkten Normierung der konkreten Entlassungsvorbereitung im Beschäftigungsbereich (vgl. oben Rdn. 10; zu denken wäre etwa an ein gesetzlich geregeltes Übergangsmangement mit dem Angebot der Nachsorge), schließlich gibt es bei einer Erhöhung der Beschäftigungsquote nach der Entlassung zumindest eine teilweise empirisch bestätigte Hoffnung auf eine Senkung des Rückfallrisikos (*Wirth* Bewährungshilfe 2006, 139). Diese Verschiebung des Fokus auf die Zeit nach der Entlassung scheint elementar wichtig zu sein, wichtiger noch als der Ausbau von Arbeits- und Qualifizierungsmöglichkeiten während der Haft. So gibt es deutliche Hinweise darauf, dass Gefangene, die nach ihrer Entlassung eine Arbeit oder Folgeausbildung finden, signifikant weniger rückfällig werden als erfolgreiche Teilnehmer von Qualifizierungsmaßnahmen während der Haft, die nach der Haft jedoch arbeitslos bleiben (*Wirth* 2010, 234 ff.). Letztlich wird man insbesondere in Bezug auf das Arbeitswesen feststellen müssen, dass eine Resozialisierung weniger durch den Strafvollzug als (wohl eher) trotz des Strafvollzuges gelingen kann. Die Gefahr eines

„Drehtüreffektes“ (Wirth Bewährungshilfe 2006, 138) ist groß. Es gilt also in erster Linie Nachteile, die sich für die meisten Inhaftierten unweigerlich auf dem Arbeitsmarkt nach der Haftverbüßung ergeben, möglichst gering zu halten oder auszugleichen.

Dazu wäre es auch wichtig, die Ausbildungsangebote zu erweitern, zumal die Rückfallquote bei Absolventen einer Berufsausbildung immerhin geringer sein soll (Hilkenbach ZfStrVo 1987, 51). Eine weitere Alternative liegt in der Humanisierung der Gefangenenarbeit, indem der Angleichungsgrundsatz des § 3 Abs. 1 (dazu *Lesting* 1988) auch insoweit endlich ernst genommen wird. Für die aufgeklärten Teile der Öffentlichkeit besteht hier ein wichtiges Betätigungsfeld.

C. Die Regelung der §§ 37–52 – eine stillschweigende Verhängung von Zusatzstrafen?

18Nach § 38 StGB wird „**Freiheitsstrafe**“ verhängt. Dass sie als Sanktion grundsätzlich zulässig ist, folgt aus Art. 12 Abs. 3 und Art. 104 Abs. 1 GG. Damit ist automatisch die Konsequenz verbunden, dass auf Grund des Freiheitsentzugs einzelne Grundrechte nicht oder kaum mehr ausgeübt werden können. Dies gilt etwa für die Freizügigkeit nach Art. 11 GG, für die Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG (Der Gefangene kann sich gegen das Betreten seiner Zelle durch Vollzugspersonal nicht unter Berufung auf Art. 13 GG wehren – BVerfG ZfStrVo 1997, 111) und für die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG (vgl. *Schefold* 1978, 183). Näher dazu § 4 Rdn. 17 ff.

19Art. 12 Abs. 3 GG lässt zu, dass die Strafgefangenen zu **Arbeitsleistungen** verpflichtet werden. Die rechtliche Regelung und die tatsächliche Ausgestaltung der Tätigkeit in den Anstalten führt allerdings dazu, dass nicht Zwang zu Arbeit schlechthin, sondern Zwang zu relativ schlechter Arbeit besteht. Die in § 37 Abs. 2 vorgesehene „wirtschaftlich ergebige“ Arbeit kann nach allgemeiner Auffassung durchaus „langweilig und ausbildungsfremd“ sein (s. statt aller *Kaiser/Schöch* 2002 § 7 Rn. 115); erst recht ist die „angemessene“ Arbeit i. S. d. § 37 Abs. 4 meist ohne jeden pädagogischen Wert. Selbst Tätigkeiten in Unternehmerbetrieben vermitteln häufig keine zusätzlichen Fähigkeiten und kein Know-how, das bei Arbeit unter normalen Verhältnissen entsteht und das die einzelne Arbeitskraft für den Betrieb zu einem wichtigen Faktor machen kann. Der Gefangene verharrt in der Situation beliebiger Austauschbarkeit. Man könnte deshalb den Vollzug auch als „**Arbeitsstrafe**“ bezeichnen, weil nicht nur der Freiheitsstatus, sondern auch der Status als Arbeitender gemindert wird (Kritisch hierzu *Bemmann* 1999, 71). Warum dies nur dann anzunehmen sein soll, wenn dem Gefangenen möglichst schwere oder völlig sinnlose Arbeit auferlegt würde (so *Arloth*, FS Buchner, 2009, 23 f.) will nicht einleuchten.

20Die Inhaftierung führt darüber hinaus in vielen Fällen zu einer drastischen *Absenkung des Lebensstandards*. Auch wer arbeitet oder eine Ausbildungsmaßnahme wahrnimmt, erhält dafür nur eine geringe Vergütung (dazu § 43 Rdn. 8 ff.), über die er nur im Rahmen des § 47 verfügen kann. Wenn für den Einkauf von Nahrungs- und Genussmitteln sowie von sonstigen Gegenständen im Monat 3/7 des Durchschnittseinkommens, also ca. 100 € zur Verfügung stehen, so bedeutet dies trotz der Versorgung durch die Anstalt eine Art

Herabstufung auf das Niveau eines Sozialhilfeempfängers. Personen, denen wegen unverschuldeter Arbeitslosigkeit (Zahlen etwa bei *Weinert* 1988, 289) nur ein Taschengeld von monatlich 32,20 € zur Verfügung steht oder die wegen Arbeitsverweigerung nicht einmal über diesen Minimalbetrag verfügen, unterschreiten das Sozialhilfeniveau (dazu § 46 Rdn. 14 ff.). Erst recht fehlt im Regelfall die Möglichkeit, Angehörigen Unterhalt zu gewähren. Das generelle Verbot, Eigenmittel über das Hausgeld des § 47 hinaus zum Einkauf in der Anstalt zu verwenden, läuft auf eine Art Zwangsproletarisierung hinaus. Was das Gesetz als „Freiheitsstrafe“ vorsieht, verwandelt sich so unter der Hand in eine (zusätzliche) **Lebensstandardstrafe**. Sie müsste nicht notwendig mit der Freiheitsentziehung verbunden sein. Auch die Umsetzung der Entscheidung des BVerfG v. 1. Juli 1998 (BVerfGE 98, 169 ff.) hat daran nichts Wesentliches geändert. Zwar verlangt sie, dass die Arbeit eine „angemessene Anerkennung in Gestalt eines für den Gefangenen greifbaren Vorteils“ finden muss (BVerfGE 98, 169, 201), doch muss dieser nicht sofort verfügbar sein und außerdem nicht notwendigerweise materiellen Charakter tragen. Die finanziellen Spielräume des Gefangenen während der Haftzeit haben sich daher kaum erweitert.

21 Ein weiterer Nachteil liegt für den Gefangenen darin, dass er einer umfassenden rechtlichen Regelung fast aller Lebensäußerungen unterworfen wird. Die Schwierigkeiten, die entstehen können, wenn sich jemand ein Transistorradio kaufen will (dazu § 69 Rdn. 9 ff.), sind hierfür nur ein bescheidenes Beispiel. Dass der Besuch durch Angehörige oder Freunde im Prinzip auf eine Stunde pro Monat begrenzt ist (vgl. § 24 Abs. 1, allerdings wird in der Praxis regelmäßig mehr gewährt), erweckt bei Außenstehenden Verwunderung – nicht weniger als die Tatsache, dass immerhin das Verfassungsgericht bemüht werden musste, um das Besuchsrecht der berufstätigen Ehefrau an Samstagen durchzusetzen (BVerfGE 42, 95 ff.). Intime Beziehungen mit dem Ehegatten werden selbst bei Untersuchungsgefangenen noch immer verboten (ThürOLG ZfStrVo 1997, 53). Drei Pakete pro Jahr darf nach § 33 Abs. 1 der Strafgefangene empfangen (dies auch nur noch im Geltungsbereich des Strafvollzugsgesetzes des Bundes, vgl. § 47 Rdn.13), wobei Nr. 2 der dazugehörigen Verwaltungsvorschriften deren Gewicht im Einzelnen festlegt. Kommt nun ein Verteidiger auf den Gedanken, dem vom ihm betreuten Gefangenen 20 € zuzuwenden, weil er kein Weihnachtspaket erhält, so riskiert er, dass dieser Betrag auf die nächste Taschengeldzahlung angerechnet wird (vgl. KG NStZ 1988, 477). Einem Gefangenen, der einen von fünf neuwertigen Anzügen verkaufen wollte, um über ein wenig Geld zu verfügen, wurde dies von der Anstalt und den ordentlichen Gerichten abgelehnt; auch hier half nur die Berufung auf Art. 14 Abs. 1 GG vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 42, 229 ff.). Der Gefangene ist einem **Netz von Normen mit großer Regeldichte** unterworfen. Im Ergebnis ist die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 weithin aufgehoben, im Zweifel ist alles genehmigungsbedürftig.

22 Die das Strafvollzugsverhältnis gestaltenden Normen finden sich häufig nicht unmittelbar im Strafvollzugsgesetz oder in den dazu ergangenen Verwaltungsvorschriften. Vielmehr entscheidet die Vollzugsbehörde im Rahmen des ihr eingeräumten weiten **Ermessens** nach eigenen Vorstellungen. Dies gilt etwa für

zusätzliche Besuche nach § 24 Abs. 2, aber auch für das Angebot einer Bildungsmaßnahme, für die nach § 37 Abs. 3 nur „geeignete“ Gefangene in Betracht kommen. Wenn die Vollzugsbehörde es im Rahmen der sehr allgemeinen Vorgaben der §§ 2 und 3 verantworten will, ist daher fast alles möglich; im Extremfall könnte die Vollzugsanstalt zur reinen Schlafstätte für einen Freigänger werden. Regeln bestehen daher häufig nur für den Einzelfall; die Vollzugsbehörde ist zwar an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden, doch steht gerade das Eingehen auf die Person des Gefangenen im Rahmen eines „Behandlungsvollzugs“ einer Übertragung einmal getroffener Entscheidungen auf andere Gefangene entgegen. Im Ergebnis kann dies auf einen nicht warenförmigen Tausch „Wohlverhalten gegen Vergünstigungen“ hinauslaufen.

23 Freiheitsstrafe ist unter solchen Umständen zugleich „**Reglementierungsstrafe**“. Dies gilt gerade auch im Bereich Arbeit und Ausbildung, wo unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensentscheidungen eine besonders große Rolle spielen. Diese extreme Form von Verrechtlichung der sozialen Beziehung Gefangener-Anstalt hängt damit zusammen, dass es keine Verhandlungen über wechselseitige Rechte und Pflichten gibt; der Vertrag soll als Gestaltungsmittel sogar dann ausscheiden, wenn die Behörde seinen Abschluss im Einzelfall für wünschenswert hält (so für einen Ausbildungsvertrag BAG AP Nr. 5 zu § 2 ArbGG 1979). Solange sich daran nichts ändert, wäre es wünschenswert, mehr im Gesetz selbst zu regeln; klare Normen sichern mehr Freiheit als Ermessensvorschriften, die durchaus unterschiedlich gehandhabt werden können.

D. Die Grundrechte des Strafgefangenen und ihre Realisierung bei Arbeit und Ausbildung

24 Auch der **Gefangene** ist **Grundrechtsträger**. In seiner richtungweisenden Entscheidung vom 14. März 1972 (BVerfGE 33, 1, 11) hat das Bundesverfassungsgericht dies nachhaltig betont (Näher vor § 2 Rdn. 2). Ausdrücklich wird die traditionelle Konzeption eines „besonderen Gewaltverhältnisses“ abgelehnt, die es zugelassen habe, „die Grundrechte des Strafgefangenen in einer unerträglichen Unbestimmtheit zu relativieren“ (BVerfGE 33, 1, 10). Dessen ungeachtet hat das BAG im Jahre 1986 die Rechtsbeziehung zwischen Strafgefangenem und Staat als „öffentlich-rechtliches Gewaltverhältnis“ und als „**besonderes Gewaltverhältnis**“ bezeichnet (BAG AP Nr. 5 zu § 2 ArbGG 1979 Bl. 3; ähnlich schon BAG AP Nr. 18 zu § 5 BetrVG 1972 Bl. 2 im Jahre 1978).

Trotz der eindeutigen Aussagen des Bundesverfassungsgerichtes wurde den Grundrechten der Strafgefangenen bisher in der Praxis nicht die ihnen angemessene Bedeutung zuteil. Im Folgenden soll dies im Hinblick auf den Lebensbereich Arbeit und Ausbildung konkretisiert werden.

25 Das **Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes** und der Ausbildungsstätte nach Art. 12 Abs. 1 GG steht grundsätzlich auch dem Strafgefangenen zu. Zwar erlaubt Art. 12 Abs. 3 GG ausdrücklich Zwangsarbeit bei gerichtlich verfügter Freiheitsentziehung, doch schließt dies die Berufung auf Art. 12 Abs. 1 GG nur in dem Umfang aus, wie der

Gesetzgeber effektiv eine Grundrechtseinschränkung vorgenommen hat (zu undifferenziert *Breuer* in: Isensee/Kirchhof 1989, § 147 Rn. 95; Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 12 GG Rn. 118; Dreier/*Wieland* 2004, Art. 12 GG Rn. 100). Soweit er Spielräume offen lässt, entsteht nicht etwa ein grundrechtsfreier Raum, in dem die Verwaltung nach ihrem Ermessen schalten und walten kann wie sie will; vielmehr tritt insoweit Art. 12 Abs. 1 wieder in Funktion, so dass sich Eingriffe an ihm messen lassen müssen. Mit Recht hat das Bundesverfassungsgericht Art. 12 Abs. 1 GG nicht aus der generellen Geltung der Grundrechte im Strafvollzug ausgenommen (BVerfGE 33, 1, 11) und dies auch nicht anlässlich einer eingehenden Befassung mit Anwendungsbereich und Grenzen von Art. 12 Abs. 2 und 3 GG getan (BVerfGE 74, 102, 118 ff.). In einer neueren Entscheidung (BVerfGE 98, 169, 205 ff.) wird Art. 12 Abs. 3 GG ausdrücklich als Ausnahme vom Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 bezeichnet. Dies hat zur Folge, dass eine Überlassung an Privatunternehmer ohne verbleibende öffentlich-rechtliche Gesamtverantwortung der Vollzugsanstalt (zu den Voraussetzungen dafür unten Rdn. 29) unter den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG fällt und deshalb nur mit Zustimmung des Gefangenen möglich ist.

26 Die „subsidiäre“ Anwendung des Art. 12 Abs. 1 GG jenseits der Grundsatzentscheidung des Art. 12 Abs. 3 GG hat durchaus praktische Konsequenzen. Stehen etwa zwei Arbeitsplätze zur Verfügung, für die der Strafgefangene gleichermaßen geeignet ist, so liegt die Auswahl bei ihm. Praktisch wichtiger ist die Feststellung, dass die Wahl einer bestimmten Ausbildung primär dem Einzelnen zusteht; die Eignung kann keine größere Rolle spielen als im Ausbildungssystem außerhalb des Strafvollzugs. Weiter ist Selbstbeschäftigung zu gestatten, wenn „wirtschaftlich ergebige Arbeit“ im Sinne des § 37 Abs. 2 nicht zur Verfügung steht und der Gefangene einen entsprechenden Wunsch äußert. Entsprechendes ließe sich im Übrigen auch aus Art. 2 Abs. 1 GG ableiten. Der Rückgriff auf Art. 12 Abs. 1 GG hat jedoch zwei spezifische Konsequenzen: In Knappheitssituationen müssen ähnliche Grundsätze wie beim Numerus clausus an Hochschulen praktiziert werden, da nur so die Gleichwertigkeit aller Grundrechtsträger realisiert wird (BVerfGE 33, 303 ff.). Und zweitens kommt der Tatsache Bedeutung zu, dass aus Art. 12 Abs. 1 GG auch Anforderungen im Hinblick auf die freiheitliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses abgeleitet werden (so wird Mitbestimmung etwa als Verfahren zur Grundrechtsverwirklichung qualifiziert – s. *Bryde* NJW 1984, 2183; *Schneider* DVBl 1984, 1056). Der Rückgriff auf das Recht auf Arbeit (dafür *Reichardt* 1999) erweist sich dem gegenüber als höchst aufwendiger Umweg.

27 Keine grundsätzlichen Bedenken bestehen dagegen, die **Vereinigungsfreiheit** des Art. 9 Abs. 1 und die **Koalitionsfreiheit** des Art. 9 Abs. 3 auch Strafgefangenen einzuräumen. Die Freiheitsentziehung als solche bringt zwar wesentliche Beschränkungen mit sich, doch ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese Rechte für Strafgefangene ohne jede praktische Bedeutung bleiben sollten. § 196 nennt sie jedenfalls nicht unter den eingeschränkten Grundrechten.

28 Unproblematisch ist weiter auch die Feststellung, dass die dem Strafgefangenen zustehenden vermögenswerten Rechte unter die **Eigentumsgarantie** des Art. 14 Abs. 1

GG fallen (BVerfGE 42, 229, 233). Allerdings handelt es sich nur um bereits erworbene Rechte; die Chance, für die Verausgabung der eigenen Arbeitskraft eine angemessene Gegenleistung zu erhalten, wird nicht erfasst (BGH AP Nr. 24 zu Art. 14 GG). Die Arbeitskraft kann auch nicht dem Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 gleichgestellt werden, so dass bei „Billig-Inanspruchnahme“ eine Entschädigung nach Art. 14 Abs. 3 GG in Betracht käme (BGH a. a. O.). Der Anspruch auf „angemessene Anerkennung“ für geleistete Arbeit wird demgegenüber in der neueren Rechtsprechung (BVerfGE 98, 169) aus dem Resozialisierungsgebot abgeleitet, dem Verfassungsrang zukommt.

29 Im Einzelfall kann es notwendig sein, **weitere Grundrechte** ins Spiel zu bringen. So sind willkürliche Entscheidungen, die jedes sachlichen Grundes entbehren, schon mit Rücksicht auf Art. 3 Abs. 1 GG ausgeschlossen (Vgl. BVerfGE 66, 199, 206 für die Freistellung gem. § 42). Weiter ist eine Arbeitsverweigerung als nicht schuldhaft behandelt worden, weil sich der Gefangene bei den damit verbundenen Kontrollmaßnahmen in Widerspruch zu seiner religiösen Überzeugung hätte setzen müssen (OLG Koblenz NSTz 1986, 239). Ausscheiden muss auch eine Schlechterstellung von Ausländern bei Bildungsmaßnahmen; selbst ein laufendes Ausweisungsverfahren darf insoweit keine Rolle spielen (OLG Frankfurt NSTz 1981, 116). Schließlich muss dem Strafgefangenen das durch Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip garantierte Existenzminimum verbleiben (vgl. BVerfGE 45, 187, 228).

Mit dem grundrechtlichen Anspruch der Gefangenen auf einen am Ziel der Resozialisierung orientierten Strafvollzug (vgl. BVerfGE 35, 202, 235), mit dem Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für Grundrechtseingriffe im Strafvollzug (vgl. BVerfGE 116, 69, 80), mit dem Grundsatz, dass auch die Ausrichtung des Vollzuges auf das Resozialisierungsziel einer das Resozialisierungskonzept ausformenden gesetzlichen Regelung bedarf (vgl. BVerfGE 116, 69, 89), und mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) wäre es zudem nicht vereinbar, Arbeitsverhältnisse der Gefangenen in einem rechtlichen Niemandsland anzusiedeln (BVerfG v. 27.12.2007 – 2 BvR 1061/05, zitiert nach BeckRS 2008, 30831). Das Bundesverfassungsgericht hat das arbeitsbezogene Resozialisierungskonzept des Strafvollzugsgesetzes nämlich gerade und nur im Hinblick darauf als verfassungskonform angesehen, dass für die Beschäftigungsverhältnisse der Gefangenen, soweit sie nicht als freie nach § 39 Abs. 1 dem Schutz des Arbeitsrechts unterstehen, eine öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit der Anstalt besteht (BVerfG v. 27.12.2007 – 2 BvR 1061/05, zitiert nach BeckRS 2008, 30831). Daraus folgt, dass beispielsweise Entscheidungen über die Zuweisung zur Pflichtarbeit und über die Ablösung von zugewiesener Pflichtarbeit auch dann originäre Aufgabe der Vollzugsbehörde bleiben und als Behandlungsmaßnahme (vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 4) unter Berücksichtigung vollzuglicher wie grundrechtlicher Belange zu treffen sind, wenn der betreffende Gefangene in einem privaten Unternehmerbetrieb beschäftigt wird (vgl. dazu auch § 41 Rdn. 13). Dem Unternehmen ist lediglich eine fachlich-technische Leitungsbefugnis eingeräumt (§ 149 Abs. 4).

E. Entsprechende Anwendung arbeits- und sozialrechtlicher Normen?

30 Der Strafgefangene steht in einem **öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnis eigener Art**, nicht in einem Arbeitsverhältnis. Dies entspricht der einhelligen Auffassung der ordentlichen Gerichte (BGH AP Nr. 24 zu Art. 14 GG; KG NSTz 1989, 197; OLG Celle ZfStrVo 1981, 123), der Arbeitsgerichte (BAG AP Nr. 18 zu § 5 ArbGG 1953; BAG AP Nr. 18 zu § 5 BetrVG 1972 = DB 1979, 1186; BAG AP Nr. 5 zu § 2 ArbGG 1979; LAG Hamm ZfStrVo 1992, 256; LAG Berlin-Brandenburg v. 03.06.2009 – 13 Ta 1102/09, zitiert nach BeckRS 2009, 66296) und der Sozialgerichte (BSG ZfStrVo 1992 134, 135; LSG Rheinland-Pfalz NSTz 1986, 192); auch in der Literatur hat sich diese Auffassung durchgesetzt (vgl. *C/MD* § 37 Rn. 1; *Däubler* 2009, Rn. 2164; *Fitting* 2010 § 5 BetrVerfG Rn. 307; *Raab*, in: GK-BetrVG, 2010, § 5 Rn. 14; *Trümmer*, in: *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde* 2010 § 5 BetrVG Rn. 113, 162 – mit Einschränkungen bei Einsatz in Privatbetrieben; *Punath* BfStR 1982, 118; *Schaub/Vogelsang* 2009 § 8 Rn. 19 u. a.). In der Tat erlaubt die ausdrückliche Einbeziehung in die Arbeitslosenversicherung durch § 26 Abs. 1 Nr. 4 SGB III einen Gegenschluss, da die Bestimmung überflüssig wäre, wenn Strafgefangene sowieso einen Arbeitnehmerstatus hätten (BAG AP Nr. 5 zu § 2 ArbGG 1979). Das Gesamtsystem des Strafvollzugsgesetzes geht außerdem von der Möglichkeit zur einseitig-hoheitlichen Gestaltung des Strafgefangenenverhältnisses aus; Vollzugsplan, Zuweisung von Arbeit, Aufnahme in eine Bildungsmaßnahme usw. sind ersichtlich als einseitige Hoheitsakte gedacht. Anderes gilt nur für das „freie Beschäftigungsverhältnis“, das ein Freigänger im Rahmen des § 39 Abs. 1 S. 1 abschließt: Es unterliegt in vollem Umfang arbeitsrechtlichen Normen (LAG Baden-Württemberg NSTz 1989, 141). Näher dazu § 39 Rdn. 13 ff.

31 Die Qualifizierung als öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverhältnis schließt nur die unmittelbare, nicht jedoch die **analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Normen** aus. Zu kurz gedacht wäre es allerdings, würde man unter Rückgriff auf die Weisungsabhängigkeit des Strafgefangenen generell von einer „arbeitnehmerähnlichen Person“ sprechen: Zwar sind Parallelen unverkennbar, doch bestehen insbes. im Hinblick auf das Vollzugsziel gravierende inhaltliche Unterschiede. Davon ganz abgesehen, wäre mit einer solchen Qualifizierung nicht einmal viel gewonnen, weil immer noch Unklarheit besteht, welche arbeitsrechtlichen Normen auf arbeitnehmerähnliche Personen Anwendung finden (s. etwa *Frantziach* 2000, S. 87 ff.; *Neuvians* 2002, S. 87 ff.; ablehnend auch BAG AP Nr. 18 zu § 5 BetrVG 1972 Bl. 2; *Weiss* 1978, 160).

32 Wenig ergiebig wäre auch der Versuch, **Parallelen zu anderen Formen der Zwangsarbeit** zu suchen. Zivildienstleistende und Wehrpflichtige unterliegen eigenständigen Grundsätzen. Die Rechtsstellung von Personen, die im Notstandsfall auf der Grundlage von Art. 12 a Abs. 3–6 GG dienstverpflichtet werden, ist in den Einzelheiten noch wenig geklärt (Grundlegung jedoch bei *Wahsner* 1972). Eine verkappte Form von Zwangsarbeit stellen die öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnisse dar, die auf der Grundlage von § 16d SGB II begründet werden (sog. 1-€-Jobs), da bei einer Verweigerung eine einschneidende Kürzung des Arbeitslosengeldes II erfolgt (*Däubler*,

info also 2005, 51). Die inhaltliche Ausgestaltung dieser Rechtsbeziehung ist jedoch gleichfalls wenig geklärt, so dass von dort her kein näherer Aufschluss erwartet werden kann.

33 Eine entsprechende Anwendung arbeitsrechtlicher Normen kommt aus allgemeinen Gründen nur dann in Frage, wenn das **Strafvollzugsgesetz Lücken** aufweist. Hat es selbst eine Regelung getroffen, lässt es beispielsweise die Freistellung von der Arbeit erst nach einjähriger Tätigkeit zu, so lässt sich dies nicht durch Rückgriff auf die halbjährige Wartezeit des Bundesurlaubsgesetzes aus den Angeln heben (BGH § 42 EzSt StVollzG Nr. 1 u. 2). Wie weit eine solche Sonderregelung reicht, kann im Einzelfall allerdings zweifelhaft sein. Dort, wo Lücken bestehen, ist weiter zu prüfen, ob die entsprechende Heranziehung arbeitsrechtlicher Grundsätze mit den Zielsetzungen des Strafvollzugsgesetzes im Einklang steht.

34 Die **Rechtsprechung** hat bisher bei der Anwendung von Arbeitsrechtsnormen auf Strafgefangene ein hohes Maß an **Zurückhaltung** gezeigt. So wurde etwa die Gewährung von Teilurlaub entsprechend § 5 Abs. 1 BUrlG mit dem anfechtbaren Argument abgelehnt, § 42 enthalte insoweit eine vollständige und abschließende Regelung (BGH EzSt § 42 StVollzG Nr. 1 mit Anmerkung *Feltes*). Mit Rücksicht auf die noch nicht in Kraft getretene Vorschrift des § 45 verneinte das Kammergericht eine entsprechende Anwendung der arbeitsrechtlichen Grundsätze über das Betriebsrisiko (KG NStZ 1989, 197). Das Landgericht Mannheim lehnte die entsprechende Anwendung des § 37 Abs. 2 BetrVG auf die Mitglieder einer Gefangenenvertretung ab, die auf Weisung der Anstaltsleitung ihre Funktion während der Arbeitszeit erfüllt hatten, kam aber auf anderem Wege zu dem dort vorgesehenen Ergebnis einer Entgeltfortzahlung (LG Mannheim ZfStrVo 1985, 254). Die nach § 312 SGB III (damals: § 133 AFG) zu gewährende Arbeitsbescheinigung soll anders als im freien Arbeitsleben nur die tatsächlich geleistete Arbeit ausweisen (LSG Rheinland-Pfalz NStZ 1986, 192). Als innovationsfreudig erwies sich dagegen das OLG Frankfurt (NStZ 1985, 429), das die **Arbeitspflicht** des § 41 Abs. 1 S. 1 bei **Erwerbsunfähigen** im Sinne des § 1247 Abs. 2 RVO (jetzt: § 44 Abs. 2 SGB VI) entfallen ließ und sich dabei auf den Angleichungsgrundsatz des § 3 Abs. 1 stützte. Konsensfähig scheint weiter eine entsprechende Anwendung von § 618 BGB zu sein, da der BGH ausdrücklich eine Fürsorgepflicht der Anstalt zum Schutz vor gesundheitlichen Schäden bejahte (BGH AP Nr. 24 zu Art. 14 GG Bl. 2), und das LG Bonn sogar die Auffassung vertrat, **eine möglicherweise gesundheitsgefährdende Arbeit könne abgelehnt werden** (LG Bonn NStZ 1988, 575; für entsprechende Anwendung des § 618 auch *Weiss* 1978, 162). Nicht erörtert ist bisher die Frage, inwieweit beim Wegfall einzelner Arbeitsplätze die Grundsätze über die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG entsprechend angewandt werden müssen (s. § 37 Rdn. 13 iVm Rdn. 11), doch hat das OLG Celle (v. 1. 11. 2007 – 1 Ws 405/07, zitiert nach BeckRS 2007, 19342) im Zusammenhang mit der Ablösung eines Gefangenen von seinem bisherigen Arbeitsplatz „eine gewisse Anlehnung an die arbeitsrechtlichen Regeln“ bejaht und sich dabei auf den Angleichungsgrundsatz des § 3 Abs. 1 berufen. Auch wird zu prüfen sein, inwieweit Strafgefangene für Streikarbeit eingesetzt werden dürfen (§ 37 Rdn. 16).

35 Relativ wenig behandelt ist die Frage, ob die einseitig-hoheitliche Ausgestaltung des Gefangenenverhältnisses durch eine vertragliche oder vertragsähnliche Konstruktion ersetzt werden kann. Von Verfassungs wegen besteht kein Zwang, Freiheitsstrafen nur im Wege hoheitlicher Maßnahmen zu vollziehen; wie nicht zuletzt Art. 12 a Abs. 6 GG zeigt, sind **erzwungene Beschäftigungen auch in einem Arbeitsverhältnis denkbar**. Der Gesetzgeber könnte deshalb die Entscheidung des Strafvollzugsgesetzes insoweit revidieren (so auch *Scheffold* 1978, 187 mit einem Gegenschluss aus Art. 33 Abs. 4 GG). Allerdings wäre die „Vertragsfreiheit“ des Strafgefangenen von vornherein eine solche minderen Ranges, da im Falle der Nichteinigung eine vom Gesetz oder von dritter Seite (Schlichtungsausschuss) festgelegte Lösung treten müsste. Von aktuellerem Interesse ist die Frage, ob die Behörde selbst sich privatrechtlicher Formen bedienen und mit dem Gefangenen einen **Arbeits- oder Ausbildungsvertrag** schließen könnte. Das BAG hat entgegen dem erstinstanzlichen Urteil ein solches Ausweichen in privatrechtliche Formen in Gestalt eines Ausbildungsvertrags nicht zugelassen; die Installierung eines Gleichordnungsverhältnisses sei mit tragenden Grundsätzen des Strafvollzugsrechts nicht zu vereinbaren (BAG AP Nr. 5 zu § 2 ArbGG 1979). Auch bestünde die Gefahr, dass in der Anstalt eine Zweiteilung von privilegierten und nicht privilegierten Gefangenen entstehen könnte (BAG a. a. O.). Die Entscheidung überzeugt nicht, da sie die Offenheit des Strafvollzugsgesetzes im Hinblick auf die im Interesse des Vollzugsziels zu treffenden Maßnahmen nicht berücksichtigt. Wie sich insbes. aus § 7 Abs. 2 ergibt, kennt das Gesetz keinen Numerus clausus möglicher „Behandlungsmaßnahmen“. Außerdem sieht § 39 Abs. 1 S. 1 bei Freigängern ausdrücklich ein privatrechtliches Ausbildungsverhältnis mit einem Arbeitgeber vor. Ein solches in der Anstalt selbst zu etablieren, könnte zwar in der Tat Gleichheitsprobleme aufwerfen, doch sind diese keine prinzipiell anderen als bei Freigängern. Auch kann die Verwaltung das ihr jeweils sachgerecht erscheinende Mittel einsetzen und deshalb auch auf vertragliche Formen verzichten, wenn dies das Leben in der Anstalt stören würde. In der Praxis wird man gleichwohl bis auf weiteres die Rechtsprechung des BAG zugrunde legen müssen.

36 Nicht erörtert ist bislang die Frage, ob Teile der Rechtsbeziehung zwischen Strafgefangenem und Staat durch **öffentlich-rechtlichen Vertrag** geregelt werden könnten. Dafür spricht die Vorschrift des § 54 VwVfG, wonach ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts „durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden kann, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen.“ Insbes. kann die Behörde, „anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde.“ Durch diese Bestimmung ist der Vertrag neben dem Verwaltungsakt zum gleichberechtigten Handlungsinstrument der Verwaltung geworden (vgl. *Kopp/Ramsauer* 2010, § 54 VwVfG Rn. 1; *Stelkens u. a.* 2001, § 54 Rn 93; diesem Gedanken folgend ist ein Vertrag allerdings nur im Rahmen des Aufgabenbereichs der JVA möglich, vgl. § 50 Rdn. 15). Zugrunde liegt die Erwägung, dass Rechtsfrieden und Akzeptanz behördlicher Entscheidungen auf diese Weise besser als durch einseitige Anordnung gesichert werden können; auch erübrigt sich die Einlegung von Rechtsmitteln. § 54 VwVfG im Strafvollzugsrecht nicht anzuwenden, besteht keine Veranlassung. § 2 Abs. 2

Nr. 2 VwVfG nimmt lediglich die „Strafverfolgung“, also das darauf bezogene Handeln von Polizei und Staatsanwaltschaft aus, nicht aber den Bereich des Strafvollzugs. Dem StVollzG lässt sich ein Verbot vertraglicher Abmachungen gleichfalls nicht entnehmen; die Offenheit bezüglich der zu treffenden Maßnahmen bestätigt im Gegenteil die Grundsatzentscheidung des § 54 VwVfG. Inhaltlich kommen insbes. öffentlich-rechtliche Ausbildungsverträge in Situationen wie der in BAG AP Nr. 5 zu § 2 ArbGG 1979 in Betracht, wo sogar die privatrechtliche Form zu keinen praktischen Schwierigkeiten geführt hatte (Anlass des Verfahrens war allein eine fristlose Kündigung durch den „Arbeitgeber“). Auch entsprechende öffentlich-rechtliche Formulararbeitsverträge lassen sich denken, soweit ausdrückliche Vorschriften des Strafvollzugsgesetzes nicht tangiert sind.

F. Gefangenearbeit und Völkerrecht

37Die Bundesrepublik hat eine Reihe von völkerrechtlichen Abkommen ratifiziert, die für die Arbeit von Strafgefangenen von Bedeutung sein können. Dazu gehören die ILO-Übereinkommen Nr. 29 und 105 über das grundsätzliche Verbot der Zwangsarbeit (dazu § 41 Rdn. 3 und Rdn. 13) sowie die Europäische Menschenrechtskonvention, die dies in Art. 4 Abs.2 wiederholt und daneben auch ein Verbot „unmenschlicher und erniedrigender Behandlung“ enthält (dazu vor § 1 Rdn. 7). Letzteres findet sich auch im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (dazu vor § 1 Rdn. 7). Soweit das innerstaatliche Recht Auslegungsspielräume lässt, muss es „völkerrechtskonform“ ausgelegt werden; es ist diejenige Lösung zu wählen, die einen Widerspruch zu den völkerrechtlichen Vorgaben vermeidet (so im hier interessierenden Bereich BVerfGE 98, 163, 206). Dies gilt auch für das Grundgesetz selbst (BVerfG NJW 1987, 2427). Die Europäische Menschenrechtskonvention ist darüber hinaus innerstaatlich unmittelbar anwendbares Recht, auf das sich der Einzelne in Auseinandersetzungen mit der Verwaltung berufen kann (s. weiter vor § 1 Rdn. 7). Die *European Prison Rules* 2006 sind vom Ministerkomitee des Europarats als Empfehlung verabschiedet worden und bei der Auslegung gleichfalls von Bedeutung (näher vor § 1 Rdn. 6).

G. Antidiskriminierungsrecht und Strafvollzug

Das in Umsetzung von vier EG-Richtlinien erlassene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14.08.2006 (BGBl I S. 1897), zuletzt geändert durch Art. 15 Abs.66 des Gesetzes vom 5. Februar 2009 (BGBl I S. 160), erstreckt sich nach seinem § 2 Abs.1 Nr. 1 – 4 auf unselbständige wie auf selbständige Erwerbsarbeit. Dabei kommt es nicht auf die Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses an, da Art. 3 Abs.3 der EG-Rahmenrichtlinie ausdrücklich „alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen“ erfasst. Entscheidend ist allein, ob die Tätigkeit dem Erwerb dient (Nachweise bei *v. Roetteken*, AGG, 2009, § 1 Rn 69). Dabei ist ein großzügiger Maßstab anzulegen, da § 24 Nr. 2 AGG ausdrücklich auch Zivildienstleistende einbezieht (dies übersieht *Arloth*, FS Buchner, 2009, 24)..

Im Strafvollzug erhält der Einzelne für die ihm nach § 37 Abs. 2 zugewiesene Arbeit gemäß § 43 eine **Vergütung**, deren Höhe sich nach der ausgeübten Tätigkeit, nach dem Umfang (Überstunden) und nach der zeitlichen Lage (Feiertagsarbeit) bestimmt. Dass der Strafgefangene über sein Entgelt aktuell nicht in vollem Umfang verfügen kann, spielt keine entscheidende Rolle; seine Arbeit dient gleichwohl dem Erwerb. Sie ist insoweit – was auch dem Angleichungsgrundsatz des § 3 Abs. 1 entspricht – mit einer Arbeit aufgrund eines Arbeitsvertrags oder einer anderen Abmachung durchaus vergleichbar. Die „angemessene Beschäftigung“ nach § 37 Abs. 4 dient gleichfalls dem Erwerb, während dies für die arbeitstherapeutische Beschäftigung nach § 37 Abs. 5 nicht der Fall ist. **Selbstbeschäftigung** nach § 39 Abs. 2 stellt eine selbstständige Erwerbstätigkeit dar. Dass ein Freigänger erfasst ist, der außerhalb der Anstalt ein Arbeitsverhältnis eingegangen ist, bedarf keiner näheren Begründung. § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG erfasst schließlich auch den Zugang zur Aus- und Weiterbildung, soweit diese einen Bezug zur Ausübung von Erwerbsarbeit hat; dies ist schon mit Rücksicht auf § 37 Abs. 1 im Strafvollzugsverhältnis gesichert. Die Tatsache, dass § 6 Abs. 1 und § 24 AGG die Strafgefangenen nicht ausdrücklich in den persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes einbeziehen, ist unter diesen Umständen ohne Bedeutung. Geboten ist vielmehr eine richtlinienkonforme Auslegung, wonach die Strafgefangenen entweder als arbeitnehmerähnliche Personen im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 3 AGG zu qualifizieren sind oder das AGG insgesamt entsprechende Anwendung finden muss.

41 Nach § 1 AGG ist Ziel des Gesetzes, **jede Benachteiligung** aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen. Zu diesen Merkmalen gehören auch Verhaltensweisen oder Zustände, die mit ihnen in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen. Beispiele hierfür sind das Tragen eines sog. muslimischen Kopftuchs durch eine Arbeitnehmerin (BAG NZA 2003, 483) oder eines Stickers, mit dem sich der Betreffende zu seiner Homosexualität bekennt. Beides kann auch im Strafvollzug zum Problem werden (s. etwa *Barwasser*, Schwulenhutz im Knast. 1981).

42 Durch die Merkmale „Rasse“ und „ethnische Herkunft“ werden alle Personen erfasst, die als fremd wahrgenommen werden, „weil sie aufgrund bestimmter Unterschiede von der regionalen Mehrheit als nicht zugehörig angesehen werden“ (*Schiek* AuR 2003, 44, 46). Dazu gehören Menschen mit dunkler Hautfarbe, Ausländer, Sinti und Roma, aber auch Spätaussiedler, die eine eigene Gruppenidentität besitzen. Das Merkmal „Geschlecht“ erfasst auch die Transsexualität (EuGH NZA 1996, 695). Als **Religionen** werden auch kleine Gemeinschaften wie die Zeugen Jehovas oder die Mormonen anerkannt. Der Begriff „Weltanschauung“ ist im Sinne von ernsthafter Überzeugung zu verstehen, wie sich aus den anderen sprachlichen Fassungen der Rahmenrichtlinie ergibt (dazu *Däubler* NJW 2006, 2608). Tierschützer sind deshalb miteffasst, weil sie in aller Regel eine bestimmte Überzeugung haben, obwohl sie mit dieser nicht die gesamte Welt erklären wollen. Der Begriff „Behinderung“ betrifft nicht nur die Schwerbehinderten; vielmehr sind nach einhelliger Auffassung in der Literatur alle Personen erfasst, die unter § 2 Abs. 1 SGB IX fallen (*Däubler/Bertzbach*, AGG, § 1 Rn 72 ff.). Der Begriff „Alter“

meint sowohl jüngere als auch ältere Personen (Einzelheiten bei Schiek/*Schmidt*, AGG, § 1 Rn 44 ff.). Einbezogen ist schließlich auch die „**sexuelle Identität**“, was insbesondere eine Benachteiligung wegen Homosexualität ausschließt.

43 **Verboten** ist nach § 7 i.V.m. § 3 AGG jede Benachteiligung aus den in § 1 AGG genannten Gründen, sei es eine unmittelbare, sei es eine mittelbare. Gleichgestellt sind unerwünschte „**Belästigungen**“, die mit einem der genannten Merkmale in Zusammenhang stehen und die insbesondere die Würde der betreffenden Person verletzen. Bei allen drei Erscheinungsformen ist zu beachten, dass ein potenzielles **Diskriminierungsopfer lediglich Indizien beweisen** muss, die eine Diskriminierung vermuten lassen; gelingt ihm dies, muss die andere Seite beweisen, dass für die umstrittene Handlung Gründe maßgebend waren, die nichts mit den „verpönten“ Merkmalen zu tun hatten. Bemerkenswert ist, dass das BVerfG (BVerfGE 89, 276 = NJW 1994, 647) wie das BAG (NZA 2004, 540) im Zusammenhang mit der Benachteiligung wegen des Geschlechts entschieden haben, es genüge, wenn der Rückgriff auf das verpönte Merkmal nur ein **Motiv im Rahmen eines „Motivbündels“** war; bei den übrigen Diskriminierungsgründen kann nichts anderes gelten (Rust/Falke/*Rust*, AGG, 2007, § 7 Rn 25).

44 Eine **unmittelbare Diskriminierung** liegt nach § 3 Abs. 1 AGG dann vor, wenn eine Person aufgrund eines der genannten Merkmale in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere „erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.“ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn Ausländer oder Personen anderer Hautfarbe bei der **Vergabe von Arbeitsstellen** nicht berücksichtigt werden (näher § 37 Rdn.11) oder wenn Homosexuellen oder Anhängern einer bestimmten Weltanschauung **keine selbständige Tätigkeit** nach § 39 Abs.2 **gestattet** (näher § 39 Rdn. 27, 29) oder wenn Jüngeren die Freistellung nach § 42 zu dem gewünschten Zeitpunkt verweigert wird (näher § 42 Rdn. 20). Die Regelförmigkeit des Verhaltens wäre ein ausreichender Umstand, der eine Diskriminierung vermuten ließe. Erfolgt eine Ablehnung lediglich im Einzelfall, müssten weitere Umstände wie abfällige Äußerungen von Anstaltspersonal z. B. über Ausländer hinzutreten, um einen Vermutungstatbestand iS des § 22 AGG zu schaffen.

45 Eine **mittelbare Diskriminierung** liegt nach § 3 Abs. 2 AGG dann vor, wenn „dem Anschein nach neutrale Vorschriften“ oder Maßnahmen die zu dem geschützten Kreis zählenden Personen „in besonderer Weise“ benachteiligen können. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn von einer Entscheidungspraxis deutlich mehr Angehörige der fraglichen Gruppe als andere Personen betroffen sind. Bei der Zuweisung von Arbeitsstellen werden beispielsweise „gute deutsche Sprachkenntnisse“ verlangt, obwohl diese von der Natur der Tätigkeit her gar nicht erforderlich sind. Hier sind Ausländer ungleich viel häufiger negativ betroffen als Deutsche. Ähnliches gilt für einen als selbstverständlich vorausgesetzten Grundsatz, dass die Arbeit nicht wegen eines Gebets unterbrochen werden darf; dadurch sind gläubige Moslems in besonderer Weise betroffen (näher § 37 Rdn. 14).

46 Der Ausdruck „**Belästigung**“ i.S.v. § 3 Abs. 3 AGG ist eine nicht ganz adäquate Wiedergabe des englischen „harassment“; es reicht nicht, dass das Verhalten einer

anderen Person „lästig“ ist, vielmehr muss es die Menschenwürde des Betroffenen verletzen. Dies kann insbesondere in der Weise geschehen, dass „ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird“. Anschauungsmaterial können Gerichtsentscheidungen zu **Mobbing-Fällen** bieten (vgl. etwa BAG NZA 2008, 223; ThürLAG LAGE Nr. 2 zu Art. 2 GG Persönlichkeitsrecht; LAG Hamm NZA-RR 2003, 8). Beispiel wäre etwa das systematische „Schneiden“ eines Mitgefangenen mit abweichender sexueller Orientierung. Die Verwaltung ist verpflichtet, gegen derartige Erscheinungen (z. B. durch Schulung des Personals) präventiv vorzugehen.

47 Einen **Sonderfall** von Diskriminierung stellt es dar, wenn **zugunsten von Behinderten nicht die in Art. 5 der Rahmenrichtlinie vorgeschriebenen Maßnahmen** ergriffen werden. Danach sind die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, „um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten zu ermöglichen“. Eine Ausnahme gilt dann, wenn diese Maßnahmen den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten würden, was auch auf Grund der Kosten der Fall sein kann. Da – wie oben Rdn. 42 ausgeführt – nicht nur die Schwerbehinderten erfasst sind, können sich hier eine Reihe praktischer Konsequenzen ergeben (näher § 37 Rdn. 11).

48 **Diskriminierendes Verhalten ist rechtswidrig.** Der Betroffene kann die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen (Däubler/Bertzbach/*Deinert* § 15 Rn. 125) sowie nach § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG Schadensersatz geltend machen.