

§ 39 StVollzG

Freies Beschäftigungsverhältnis, Selbstbeschäftigung

(1) Dem Gefangenen soll gestattet werden, einer Arbeit, Berufsausbildung oder beruflichen Weiterbildung auf der Grundlage eines freien Beschäftigungsverhältnisses außerhalb der Anstalt nachzugehen, wenn dies im Rahmen des Vollzugsplanes dem Ziel dient, Fähigkeiten für eine Erwerbstätigkeit nach der Entlassung zu vermitteln, zu erhalten oder zu fördern und nicht überwiegende Gründe des Vollzuges entgegenstehen. § 11 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 und § 14 bleiben unberührt.

(2) Dem Gefangenen kann gestattet werden, sich selbst zu beschäftigen.

(3) Die Vollzugsbehörde kann verlangen, daß ihr das Entgelt zur Gutschrift für den Gefangenen überwiesen wird.

Bundeseinheitliche Verwaltungsvorschriften

Nr. 1 (durch Zeitablauf gegenstandslos)

Nr. 2 (1) Gefangene, denen das Eingehen eines freien Beschäftigungsverhältnisses außerhalb der Anstalt gestattet ist, sollen von Gefangenen des geschlossenen Vollzuges getrennt gehalten werden

(2) Zwischen dem Gefangenen und seinem Arbeitgeber oder Ausbildenden ist ein schriftlicher Vertrag (Arbeitsvertrag, Berufsausbildungsvertrag oder ähnliches) abzuschließen.

In dem Vertrag ist insbes. festzulegen, dass das Beschäftigungsverhältnis ohne Kündigung endet, wenn die dem Gefangenen nach § 39 Abs. 1 erteilte Erlaubnis endet, und dass die Bezüge aus dem Beschäftigungsverhältnis während des Freiheitsentzuges mit befreiender Wirkung nur auf das mit der Anstalt vereinbarte Konto gezahlt werden können. Die Anstalt stellt sicher, dass mit Zuwendungen auf Grund öffentlich-rechtlicher Bestimmungen entsprechend verfahren wird.

(3) Die Bezüge des Gefangenen werden in nachstehender Reihenfolge für folgende Zwecke verwendet:

- a) Auslagen des Gefangenen für Fahrtkosten, Arbeitskleidung, Verpflegung außerhalb der Anstalt und andere im Zusammenhang mit seiner Beschäftigung notwendige Aufwendungen,
- b) Hausgeld und Überbrückungsgeld,
- c) Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht des Gefangenen auf dessen Antrag,
- d) Haftkostenbeitrag,
- e) Erfüllung sonstiger Verbindlichkeiten des Gefangenen auf dessen Antrag,
- f) Eigengeld des Gefangenen.

(4) Der Gefangene ist anzuhalten, seine Unterhaltungspflichten zu erfüllen, den durch die Straftat verursachten Schaden wiedergutzumachen und seine sonstigen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Ist der Anstalt bekannt, dass Angehörige oder andere Personen, denen der Gefangene unterhaltspflichtig ist, Sozialhilfe erhalten, wird der Träger der Sozialhilfe von dem Beschäftigungsverhältnis und der Höhe der Bezüge unterrichtet. Auf die Möglichkeit der Nachentrichtung von Beiträgen zur Sozialversicherung soll der Gefangene hingewiesen werden.

Nr. 3 (1) Selbstbeschäftigung soll regelmäßig nur gestattet werden, wenn sie aus wichtigem Grunde geboten erscheint und im Rahmen des Vollzugsplanes insbes. dem Ziel dient, Fähigkeiten für eine Erwerbstätigkeit nach der Entlassung zu vermitteln, zu erhalten oder zu fördern. Selbstbeschäftigung darf nicht gestattet werden, wenn überwiegende Gründe des Vollzuges entgegenstehen.

(2) Selbstbeschäftigung wird in der Regel nur gestattet, wenn der Gefangene sich die nötigen Gegenstände aus eigenen Mitteln beschaffen kann; bei Selbstbeschäftigung innerhalb der Anstalt vermittelt die Anstalt die Beschaffung der Gegenstände.

(3) Für die Rechtsbeziehungen zwischen dem Gefangenen und einem Dritten sowie für die Bezüge aus der Selbstbeschäftigung gilt Nr. 2 Abs. 2 bis 4 entsprechend. § 50 Abs. 3 StVollzG in der Fassung des § 199 Abs. 1 Nr. 3 StVollzG bleibt unberührt.

(4) Der Gefangene ist anzuhalten, seiner Steuerpflicht nachzukommen. Erfüllt der Gefangene seine Anzeigepflicht nicht, so ist die Erlaubnis zur Selbstbeschäftigung zu widerrufen.

Übersicht

- A. Ziel der Vorschrift**
- B. Die Gestattung durch die Vollzugsbehörde nach Abs. 1**
- C. Inhalt des freien Beschäftigungsverhältnisses**
- D. Der sog. unechte Freigang**
- E. Selbstbeschäftigung nach Abs. 2**
- F. Rechtsschutz**
- G. Landesgesetze**

A. Ziel der Vorschrift

1 § 39 enthält die erste grundlegende Reform des alten Systems der reinen Verwaltung des Gefangenen im Arbeitsbereich. Sie macht ihn zur handelnden Person, da er unter bestimmten Voraussetzungen einen Arbeits- oder Ausbildungsvertrag abschließen (Abs. 1) oder eine selbstständige Tätigkeit aufnehmen kann (Abs. 2). Damit wird das Resozialisierungsziel des § 2 S. 1 ernst genommen: Eine wirkliche Vorbereitung auf das Leben in Freiheit ist am ehesten dann möglich, wenn man einerseits in die Spielregeln der Normalität eingegliedert ist, andererseits jedoch in der Anstalt den nötigen Rückhalt

findet, um möglicherweise auftauchende Probleme bewältigen zu können. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 1. Juli 1998 (BVerfGE 98, 169 ff.) diese Sicht bestätigt. Die Vollzugsbehörden seien von dem verfassungsrechtlichen **Resozialisierungsgebot** her verpflichtet, eine solche Möglichkeit sorgfältig zu prüfen. Soweit die Voraussetzungen für Freigang oder Außenbeschäftigung gegeben seien, dürften nur „gewichtige Vollzugsbelange“ die Versagung einer entsprechenden Erlaubnis rechtfertigen (BVerfGE 98, 169, 210). Auch in Bezug auf selbstständige Tätigkeiten kann grundsätzlich nichts anderes gelten (dazu unten Rdn. 13 ff.).

2Freie Beschäftigungsverhältnisse sind bisher die Ausnahme; in der Literatur war davon die Rede, nur 5 % aller Strafgefangenen könnten von dieser Möglichkeit Gebrauch machen (M. Walter 1999, Rn. 482). Eine von Lohmann im Jahre 2000 durchgeführte Untersuchung ergab, dass in der Tat nur eine Minderheit in den Genuss dieser Regelung kommt, die je nach Bundesland zwischen 0,73 % (Bayern) und über 20 % (Berlin) schwankt (Lohmann 2002, 72 ff.). Daran hat sich in der Zwischenzeit nicht viel geändert. In BW standen beispielsweise im Jahr 2007 durchschnittlich 419 Freigänger (bei durchschnittlich 8128 Inhaftierten) in einem freien Beschäftigungsverhältnis bei einem privaten Arbeitgeber (Landtag von Baden-Württemberg 2008). Dies wird den grundgesetzlichen Vorgaben nicht gerecht (BVerfGE 98, 169, 210). Die Vollzugsverwaltungen waren verpflichtet, spätestens bis 31. Dezember 1998 Abhilfe zu schaffen und die bisherige Praxis der Überlassung von Gefangenen an Privatunternehmer im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Zwangsarbeitsverhältnisses nach § 41 zu revidieren (BVerfGE 98, 169, 215). Zu diesem sog. unechten Freigang siehe unten Rdn. 24. Dem eindeutigen Wortlaut des Abs. 1 entsprechend ist die Begründung eines freien Beschäftigungsverhältnisses nur für Tätigkeiten außerhalb der Anstalt möglich (SBJL-Laubenthal Rn. 4); zur Möglichkeit öffentlichrechtlicher Verträge für Tätigkeiten in der Anstalt s. vor § 37 Rdn. 36.

3Da das freie Beschäftigungsverhältnis wie auch die Selbstbeschäftigung einen **Antrag des Gefangenen** voraussetzen, bestehen keinerlei rechtliche Bedenken im Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 Buchstabe c des ILO-Übereinkommens Nr. 29 (dazu vor § 37 Rdn. 37).

B. Die Gestattung durch die Vollzugsbehörde nach Abs. 1

4Abs. 1 verpflichtet die Vollzugsbehörde in **abgeschwächter Form** („soll“), dem Gefangenen zu gestatten, einer Arbeit, Berufsausbildung oder beruflichen Weiterbildung außerhalb der Anstalt nachzugehen. Die konkrete Gesetzesformulierung beruht auf Art. 40 Nr. 5 des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes vom 24. 3. 1997 (BGBl. I S. 594, 710). Vorher war von „beruflicher Fortbildung“ und „Umschulung“ die Rede; der umfassendere Begriff „Weiterbildung“ schließt beides ein. Voraussetzung für eine positive Entscheidung durch die Vollzugsbehörde ist, dass das freie Beschäftigungsverhältnis im Rahmen des Vollzugsplans dem in § 37 Abs. 1 genannten

Ziel dient (unten Rdn. 5), die Lockerungsvoraussetzungen vorliegen (unten Rdn. 6) und überwiegende Gründe des Vollzuges nicht entgegenstehen (unten Rdn. 7).

5Die Tätigkeit im Rahmen eines freien Beschäftigungsverhältnisses wird in der Regel die beste Möglichkeit bieten, Fähigkeiten für eine Erwerbstätigkeit nach der Entlassung zu vermitteln, zu erhalten oder zu fördern. Aus diesen Gründen ist der **Möglichkeit des Abs. 1 prinzipiell der Vorrang** zu geben (*Lohmann* 2002,64), wenn die Vollzugsbehörde im Einzelfall keine besseren und der Eingliederung in das normale Erwerbsleben überzeugender dienenden Angebote innerhalb der Anstalt besitzt. Auch gegenüber dem sog. unechten Freigang (unten Rdn. 25 ff.) hat das freie Beschäftigungsverhältnis den Vorrang (*Arloth* Rn. 2; *C/MD* Rn. 4; *Laubenthal* 2008, Rn. 417). In der Regel ist sie daher verpflichtet, den Zeitpunkt im Vollzugsplan (§ 7) festzulegen. Der Vorbehalt des § 2 S. 2 ist selbstredend zu beachten (s. dort Rdn. 15).

6Die freie Beschäftigung oder Berufsbildung im Sinne des Abs. 1 ist nur dann möglich, wenn die **Voraussetzungen für den Freigang** oder die Außenbeschäftigung (§ 11 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2) gegeben sind, d. h. insbesondere, dass nicht zu befürchten ist, der Gefangene werde sich dem Vollzug der Freiheitsstrafe entziehen oder die Lockerung des Vollzuges zu Straftaten missbrauchen (§ 11 Rdn. 20 ff.). Alle Gefangenen, die sich in der Urlaubsregelung (§ 13) befinden und den ihnen erteilten Urlaub aus der Haft nicht missbraucht haben, erfüllen diese Voraussetzungen. Auch bei Gefangenen, die noch nicht von der gesetzlichen Urlaubsregelung erfasst werden, dürfen bloße Zweifel an der Eignung für Vollzugslockerungen nicht zur Ablehnung eines Antrags auf Außenbeschäftigung oder Berufsausbildung außerhalb der Anstalt führen, wenn sie durch Weisungen behoben werden können (Beispiel: Pflicht zur sofortigen Rückkehr nach Arbeitsschluss – s. *Laubenthal* 2008, Rn. 416) und der Pflicht zur Erprobung keine zwingenden Gründe entgegenstehen (vgl. §§ 39 Abs. 1 S. 2, 14 Abs. 1). Im Einzelfall kann die Genehmigung allerdings an fehlender Zuverlässigkeit des Arbeitgebers scheitern, gegen den beispielsweise ein Verfahren zur Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO läuft (*C/MD* Rn. 2 a. E.).

7Liegen die beiden genannten Voraussetzungen vor, ist nur noch zu prüfen, ob überwiegende Gründe des Vollzuges entgegenstehen. Genannt wird etwa der Fall, dass qualifizierte Gefangene innerhalb der Anstalt bei der Einrichtung von Arbeitsplätzen mitwirken müssen (BT-Drs. 7/3998, 19); dies kann jedoch allenfalls eine kleinere zeitliche Verzögerung rechtfertigen. **Keine Rolle dürfen rein fiskalische Erwägungen** etwa derart spielen, der Eigenbetrieb der Anstalt oder ein dort angesiedelter Unternehmerbetrieb würden durch den Ausfall von Leistungsträgern Nachteile erleiden (ebenso *Arloth* Rn. 5; kritisch auch *Kaiser/Schöch* 2002, § 7 Rn. 112). Auch die Tatsache, dass entgegen der Soll-Vorschrift der Nr. 2 Abs. 1 VV aus organisatorischen Gründen eine Trennung von Gefangenen des geschlossenen Vollzuges nicht möglich ist, kann nicht zum Nachteil der für den Freigang und ein Beschäftigungsverhältnis Geeigneten ausschlagen. Erst recht dürfen die Merkmale des § 1 AGG wie ethnische Zugehörigkeit,

Rasse, Geschlecht, Behinderung usw. keine Rolle spielen. Auch würde es gegen die guten Sitten verstoßen, jemanden deshalb zu benachteiligen, weil er von seinen Rechten Gebrauch gemacht, etwa Beschwerden geschrieben hat (BAG NZA 2005, 637).

8 Das BVerfG betont in seiner Entscheidung vom 1. 7. 1998, dass nur „gewichtige Vollzugsbelange“ die Versagung der Erlaubnis rechtfertigen könnten (BVerfGE 98, 169, 210). Ausdrücklich distanziert es sich von den (damaligen) Bayerischen Verwaltungsvorschriften zum Strafvollzugsgesetz, wonach von den Möglichkeiten der Absätze 1 und 2 nur als „letztes Mittel“ in dem Sinne Gebrauch gemacht werden durfte, dass das Ziel der Eingliederung in das Erwerbsleben auf andere Weise nicht erreicht werden konnte (BVerfG a. a. O.). Gerade umgekehrt bedarf die Verweigerung der besonderen Rechtfertigung. Deshalb ist immer mitzuberücksichtigen, ob eine potenzielle Gefährdung des Vollzugszieles nicht durch Weisungen nach § 14 ausgeschlossen werden kann (vgl. Rdn. 6) Mit Recht hat das LG Göttingen (StV 1990, 359) entschieden, dass die **Überwachung keine lückenlose** sein müsse, weil manche Berufe eine gewisse Mobilität voraussetzen würden. Auch eine Arbeit im Unternehmen der Ehefrau (oder anderer Familienangehöriger) ist grundsätzlich möglich, wenn davon ausgegangen werden kann, dass effektiv gearbeitet wird (*Arloth* Rn. 4; *C/MD* Rn. 2; zu restriktiv LG Wuppertal NSTz 1988, 476). Insoweit ist – ähnlich wie im Steuerrecht – eine sorgfältige Prüfung anzustellen.

9 Nach bislang herrschender Auffassung gewährt Abs. 1 dem Gefangenen keinen Anspruch; er soll vielmehr lediglich ein **Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung** haben (OLG Hamm NSTz 1993, 208; LG Wuppertal NSTz 1988, 476). Mit Recht wird allerdings darauf hingewiesen, dass dieses Ermessen angesichts der Entscheidung des BVerfG gering geworden sei (*C/MD* Rn. 2; *SBJL-Laubenthal* Rn. 6). Sind die Voraussetzungen für einen Freigang bzw. eine Außenarbeit einmal bejaht, stehen in aller Regel keine effektiveren Formen der Resozialisierung zur Verfügung (*Weinert* 1988, 290). Auch wird auf die in verschiedenen Bundesländern geübte Praxis verwiesen, wonach Erstbestrafte, die sich in einem Arbeitsverhältnis befinden und die sich korrekt zum Strafantritt melden, aufgrund einer Gestattung nach § 39 Abs. 1 ihr **bisheriges Arbeitsverhältnis fortführen** können (*Böhm* 2003 Rn. 326; *Weinert* 1988, 291; siehe auch *Arloth* Rn. 2); ohne besonderen rechtfertigenden Grund kann davon im Einzelfall nicht abgewichen werden. Zu verweisen ist weiter auf die baden-württembergische Praxis des „Kurzstrafenprogramms“, wonach zu nicht mehr als 15 Monaten Freiheitsstrafe Verurteilte sofortigen Freigang erhalten, sofern sie dann an ihrem bisherigen Arbeitsplatz weiter tätig sein können (*Lohmann* 2002, 64). Auch hier muss sich eine abweichende Entscheidung mit gewichtigen Gründen rechtfertigen.

10 Wird die Erlaubnis zur Eingehung eines freien Beschäftigungsverhältnisses entgegen diesen Grundsätzen durch die Vollzugsbehörde verweigert und ist ihr dieses Verhalten auch vorzuwerfen, so steht dem Strafgefangenen ein **Anspruch aus Amtspflichtverletzung** nach Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB zu (vgl.

OLG Hamm StV 1989, 543; *Arloth* Rn. 5; *C/MD* Rn. 2; *SBJL-Laubenthal* Rn. 6). Der zu ersetzende Schaden besteht insbesondere in der entgehenden Vergütung.

11 Der **Freigängerstatus kann unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 widerrufen** werden (vgl. OLG Hamm NStZ 1988, 245; LAG Baden-Württemberg NStZ 1989, 141). Damit wird auch die Gestattung nach Abs. 1 gegenstandslos (*SBJL-Laubenthal* Rn. 11). Möglich ist daneben, dass der Freigängerstatus als solcher unberührt bleibt, jedoch die Gestattung eines bestimmten Arbeits- oder Ausbildungsverhältnisses nach § 39 Abs. 1 widerrufen wird (*Wegener* NStZ 1988, 247). Dies liegt etwa dann nahe, wenn das Arbeitsverhältnis aus Gründen gestört ist, die der Gefangene nicht zu vertreten hat – hier soll ihm die Möglichkeit offenbleiben, ein neues Arbeits- oder Ausbildungsverhältnis einzugehen (*Wegener* a. a. O.; *Arloth* Rn. 6: „abstrakter Freigänger“). Ob für einen solchen Widerruf bereits die Tatsache ausreicht, dass gegen den Arbeitgeber ein Gewerbeuntersagungsverfahren wegen persönlicher Unzuverlässigkeit anhängig ist (so KG NStZ 1997, 426), erscheint zweifelhaft; maßgebend kann nicht das Verfahren, sondern allein die Tatsache sein, ob effektiv gewichtige Gründe gegen die Zuverlässigkeit des Arbeitgebers sprechen. Entscheidend ist immer, ob die Erlaubnis hätte verweigert werden können, wenn die fraglichen Umstände bereits in diesem Zeitpunkt vorgelegen hätten.

12 Nach der Rechtsprechung des OLG Hamm (NStZ 1988, 245) wird nicht nur die Erlaubnis für das Arbeitsverhältnis, sondern auch der Freigängerstatus aufs Spiel gesetzt, wenn mit dem Arbeitgeber ein von § 39 Abs. 3 abweichender Auszahlungsmodus vereinbart wird und auch die Vorlage des Arbeitsvertrags unterbleibt. In Fällen dieser Art sollte entscheidend auf den Einzelfall abgestellt und geprüft werden, inwieweit Unregelmäßigkeiten Anhaltspunkte für künftiges inkorrektes und strafbares Verhalten geben. Dies ist nicht der Fall, wenn beispielsweise eine Zahlung an Unterhaltsberechtigte erfolgen soll (dazu unten Rdn. 18). Auch ist eine so schwere Sanktion wie der Widerruf des Freigängerstatus nur dann erträglich, **wenn zunächst das mildere Mittel einer Abmahnung eingesetzt** wurde (so OLG Frankfurt 2003, NStZ 1991, 159, 160 für den Fall des Widerrufs einer genehmigten Selbstbeschäftigung nach Abs. 2).

C. Inhalt des freien Beschäftigungsverhältnisses

13 Wird die Genehmigung nach Abs. 1 S. 1 erteilt, schließt der Gefangene einen **Arbeits- oder Ausbildungsvertrag** mit einem privaten Unternehmer oder einer anderen Institution außerhalb der Anstalt ab (BSG ZfStrVo 1992, 134, 135; LAG Hamm ZfStrVo 1992, 256; *Kaiser/Schöch* 2002, § 6 Rn. 94; *Laubenthal* 2008 Rn. 418). An dieser rechtlichen Qualifizierung ändert sich auch dadurch nichts, dass die Entziehung des Freigängerstatus im Einzelfall möglich bleibt (LAG Baden-Württemberg NStZ 1989, 141; aus der alten Lit s. auch *Grunau/Tiesler* 1982, § 39 StVollzG Rn. 1; *Schefold* 1978, 195; die Frage wurde nicht entschieden in BAG AP Nr. 18 zu § 5 BetrVG 1972; wie hier zum Ausbildungsvertrag *Natzel* Anm. zu BAG AP Nr. 5 zu § 2 ArbGG 1979). Mittlerweile ist

auch anerkannt, dass der Freigänger nicht zu den in § 5 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG erfassten Personen zählt und deshalb sowohl das aktive als auch das passive **Wahlrecht zum Betriebsrat** besitzt (*Raab*, in: GK-BetrVG § 5 Rn. 86; *Schefold* 1978, 195; *Trümmer*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde § 5 Rn. 113, 162).

14 Steht der Gefangene bei Strafantritt in einem Arbeitsverhältnis, so ist besonders sorgfältig zu prüfen, ob er nicht in diesem belassen werden kann. Hat der Beschäftigte seinen Arbeitgeber rechtzeitig von der rechtskräftigen Verurteilung informiert, so kann dieser nicht etwa automatisch kündigen; vielmehr ist er aufgrund seiner Fürsorgepflicht gehalten, sich auch seinerseits um die **sofortige Einräumung eines Freigängerstatus** zu bemühen (BAG ZfStrVo 1997, 50 = AP Nr. 123 zu § 626 BGB). Erst wenn dies scheitert und der Ausfall des Beschäftigten nicht ohne Schwierigkeiten durch Gewinnung einer befristeten Ersatzkraft aufgefangen werden kann, ist eine Kündigung zulässig (BAG a. a. O.; Einzelheiten bei Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler, Kündigungsschutzrecht, 2011, § 626 BGB Rn. 149 m. w. N.). Dies gilt selbstredend nur, wenn die Straftat keine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis verletzte.

15 Im Verhältnis zum Arbeitgeber bzw. Auszubildenden genießt der Freigänger alle nach Arbeitsrecht bzw. BBiG bestehenden **Rechte** (so für Ansprüche auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall LAG Baden-Württemberg NStZ 1989, 141), was § 42 Abs. 4 für das Urlaubsrecht bestätigt; ihn treffen auch die entsprechenden **Pflichten**. Nach allgemeinen Grundsätzen wird er in die Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung einbezogen (BSG ZfStrVo 1992, 134, 135; *C/MD* Rn. 3; *Laubenthal* 2008, Rn. 418; *Lohmann* 2002, 63). Mittelbar wird dies durch § 62 a bestätigt, der die Ansprüche auf Krankenversorgung gegen die Anstalt suspendiert. Schließlich ist noch auf § 80 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG zu verweisen, wonach der Betriebsrat die Eingliederung besonders schutzbedürftiger Personen zu fördern hat; zu ihnen zählen auch Strafgefangene (ebenso *Weiss* 1978, 171).

16 Ein **Arbeitsverhältnis zu untertariflichen Bedingungen** ist grundsätzlich unzulässig; auch eine geringfügige Unterschreitung kann allenfalls dann geduldet werden, wenn in dem in Frage stehenden Betrieb überhaupt keine Tariflöhne bezahlt werden (vgl. OLG Hamm NStZ 1988, 245; *SBJL-Laubenthal* Rn. 3; weitergehend *Arloth* Rn. 3 und *ders.*, FS Buchner 2009, 25, wonach die Anstalt nur bei einer „deutlich untertariflichen“ Bezahlung die Genehmigung eines freien Beschäftigungsverhältnisses verweigern kann). Ein „freies Beschäftigungsverhältnis“ muss den Normalbedingungen entsprechen; es ist nicht Sinn des § 39 Abs. 1, Praktiken des Lohndumpings zu ermöglichen. Dagegen sprechen nicht nur arbeitsrechtliche und beschäftigungspolitische, sondern auch strafvollzugsrechtliche Gründe: Ein Arbeitsverhältnis minderer Art und Güte kann schwerlich einen Beitrag dazu leisten, dass sich der Gefangene auch in Zukunft als normales, nicht diskriminiertes Mitglied der Gesellschaft sieht. Die Übernahme einer geringfügigen Beschäftigung mit einer Monatsvergütung von bis zu 400 € ist nicht zu beanstanden, sofern insoweit keine schlechteren Bedingungen als für andere

Arbeitnehmer gewährt werden. Besteht nicht aus anderen Gründen (z. B. wegen einer Erwerbstätigkeit des Ehegatten) Krankenversicherungsschutz, erfolgt allerdings keine Einbeziehung in die Krankenversicherung; insoweit bleiben nach § 62 a die Ansprüche gegen die Anstalt erhalten. Die Differenz zur Vollzeitarbeit muss ggf. durch Arbeit in der Anstalt nach § 41 ausgefüllt werden, doch lässt sich die in Nr. 2 Abs. 1 VV vorgesehene Trennung von den Gefangenen im geschlossenen Vollzug dabei häufig nicht realisieren. Dass die Teilzeitarbeit deshalb „kaum praktikabel“ wäre (so *Arloth* Rn. 4), lässt sich schon deshalb nicht sagen, weil es sich bei Nr. 2 Abs. 1 VV um eine Soll-Vorschrift handelt, von der abgewichen werden darf. Auch sollte man den Fall bedenken, dass der Gefangene in der Anstalt selbst gar nicht mit einem ausreichenden Maß an Arbeit versorgt werden könnte: Eine Teilzeitarbeit in der freien Gesellschaft ist vom Gesetzeszweck her aber ersichtlich einer weitgehenden Untätigkeit in der Anstalt („Herumsitzen in der Zelle“) vorzuziehen.

17Das Beschäftigungsverhältnis muss **im Inland** vollzogen werden, da nur so ein gewisses Maß an Überwachung durch die Anstalt möglich bleibt (OLG Celle ZfStrVo 2002, 244; *Arloth* Rn. 5; *C/MD* Rn. 2,3; a. A. für den Bereich der EU *SBJL-Laubenthal* Rn. 13). Das Recht auf Freizügigkeit nach Art. 39 ff. EG kann aus Gründen der öffentlichen Ordnung beschränkt werden, was hier der Fall ist. Anders verhält es sich nur dann, wenn ausländische Behörden aufgrund Absprache oder nach EG-Recht dieselben Befugnisse wie die deutsche Anstalt ausüben können.

18Eine wesentliche Abweichung vom Normalmodell des Arbeitsverhältnisses ergibt sich dadurch, dass **der Gefangene nicht frei über das Arbeitsentgelt verfügen kann** (zur Pfändung vgl. § 43 Rdn. 14 ff.). Die Kann-Vorschrift des Abs. 3 wird durch Nr. 2 Abs. 2 S. 2 der VV zu einem Regelatbestand umgebildet: Allein die Vollzugsbehörde entscheidet über die Verwendung. Das stellt in dieser Allgemeinheit einen übermäßigen Eingriff in das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentum dar, zu dem auch die Entgeltforderung zählt. Nur dann, wenn die Gefahr besteht, dass der Gefangene seine Verpflichtungen nicht erfüllt, sind derart weitreichende Eingriffe zulässig (ebenso im Ergebnis, wenn auch ohne Rückgriff auf Art. 14 Abs. 1 GG *C/MD* Rn. 3). Dies lässt sich nicht unterschiedslos für alle Strafgefangenen bejahen. Im Einzelfall kann es geboten sein, dass ein Teil der Vergütung auf das Privatkonto des Betroffenen überwiesen wird (*Lohmann* 2002, 63, der auch den Hinweis auf Art. 14 Abs. 1 GG aufgreift). Mittelbar wird dies durch Nr. 2 Abs. 4 der VV bestätigt, wonach der Gefangene anzuhalten ist, seinen Unterhaltungspflichten nachzukommen, den durch die Straftaten entstandenen Schaden wieder gutzumachen und seine sonstigen Verbindlichkeiten zu erfüllen: Dies hat ersichtlich nur dann einen Sinn, wenn er selbst in gewissem Umfang über das verdiente Geld verfügen kann. Weiter ist auch daran zu denken, ein sog. „und“-Konto einzurichten, das zwar auf den Namen des Strafgefangenen lautet, über das er jedoch nur gemeinsam mit der Anstalt verfügen kann. Dies hätte den Vorteil, dass der Arbeitgeber in Fällen der Fortführung des Arbeitsverhältnisses nach der Inhaftierung nicht notwendig von diesem Tatbestand erfährt und dass dies insbesondere auch in Bezug auf Geschäftspartner im

Rahmen der Selbstbeschäftigung im Sinne des Abs. 2 (unten Rdn. 27 ff.) gelingt, die bei Kenntnis des Aufenthaltsorts möglicherweise die Fortsetzung der geschäftlichen Beziehung überdenken würden.

19Eine weitere Modifikation ergibt sich dadurch, dass das Beschäftigungsverhältnis nach Nr. 2 Abs. 2 S. 2 VV ohne Kündigung enden soll, wenn die dem Gefangenen nach § 39 Abs. 1 erteilte Erlaubnis nicht mehr besteht, weil sie beispielsweise widerrufen wurde. Im Ergebnis werden so die Vorschriften des Kündigungsschutzrechts aus den Angeln gehoben; auch setzt man sich ggf. über den Willen des Arbeitgebers hinweg, der das Arbeitsverhältnis nur suspendieren möchte. Eine solche Entscheidung kann der Gesetzgeber treffen, wofür die Abberufung von ABM-Kräften durch die Agentur für Arbeit nach § 269 SGB III als Beispiel stehen mag. **Der Verwaltung sind derartige Eingriffe in Arbeits- und Ausbildungsverträge nicht möglich**; das Gesetz selbst liefert keine Anhaltspunkte. Auch der Ausweg über ein (durch die Straferlassung oder einen Widerruf der Erlaubnis seitens die Anstalt) auflösend bedingtes Arbeitsverhältnis (so *Arloth* Rn. 3) dürfte nicht gangbar sein, da die Rechtsprechung insoweit sehr strenge Anforderungen an den „sachlichen Grund“ stellt (Einzelheiten und Nachweise bei Kittner/Däubler/Zwanziger-Däubler, Kündigungsschutzrecht, 2011, § 21 TzBfG Rn. 17 ff.). Eine unzulässige Klausel bringt überdies für den Arbeitgeber die Gefahr mit sich, dass auf diese Weise ein von ihm nicht gewünschtes unbefristetes Arbeitsverhältnis nach § 21 i. V. m. § 16 TzBfG zustande kommt. Die in der Literatur gegen die auf der Grundlage der Nr. 2 Abs. 2 VV geschaffene Vertragspraxis erhobenen Bedenken sind daher berechtigt (*Punath* BfStR 1982, 120). Sinnvollerweise sollte man sich für eine befristete oder eine unbefristete Tätigkeit entscheiden. Wird dann die Erlaubnis widerrufen, so kommt ähnlich wie bei einem ausländischen Staatsangehörigen, dessen Arbeitserlaubnis nicht mehr erneuert wird, lediglich eine (ggf. fristlose) Kündigung in Betracht (so auch *Natzel* Anm. zu BAG AP Nr. 5 zu § 2 ArbGG 1979). Die von *Arloth* vorgeschlagene Freistellung des Gefangenen von Schadensersatzansprüchen des Arbeitgebers (*Arloth* Rn. 3) wird dann gleichfalls entbehrlich – ganz abgesehen davon, dass sie bei jedem Personalleiter ein hohes Maß an Verwunderung hervorrufen würde.

20Keine ausdrückliche Regelung erfährt nach den VV die Frage, ob das **Arbeitsverhältnis nach der Entlassung weiterbesteht**: *C/MD* (Rn. 3 a. E.) halten es für zulässig, ein automatisches Erlöschen für diesen Zeitpunkt zu vereinbaren; dies sei nichts anderes als eine Konkretisierung der Geschäftsgrundlage, die in der Beschäftigung eines Häftlings bestehe (ebenso im Ergebnis *Arloth*, Rn. 3). Dem ist einmal vom arbeitsrechtlichen Standpunkt entgegenzuhalten, dass eine Umgehung des Kündigungsschutzrechts auch hier vorliegen würde; insoweit sind die Bedenken sogar noch sehr viel gravierender als im Falle des Widerrufs der Erlaubnis (oben Rdn. 19). Dazu kommt, dass eine solche Abmachung eher resozialisierungsfeindlich wirkt, da sie den Gefangenen mit der Entlassung aus einem gewohnten Lebensbereich herausreißt, in dem er sich schon einige Zeit bewährt hat. Für den Arbeitgeber ist eine überganglose Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch durchaus zumutbar, da er den Freigänger ja

nicht als „Gefangenen“, sondern wie einen gewöhnlichen Arbeitnehmer bezahlt und ihm auch alle entsprechenden Rechte einräumt (ähnlich *M. Walter* 1999, Rn. 482, der die Weiterbeschäftigung im bisherigen Betrieb als besonderen Vorteil des freien Beschäftigungsverhältnisses ansieht). Da das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Entlassung in der Regel schon mehr als sechs Monate gedauert haben wird, ist eine ordentliche Kündigung nur unter den Voraussetzungen des § 1 Kündigungsschutzgesetz möglich.

21 Hat ein **Freigänger** noch keinen Arbeitsplatz gefunden, steht aber einer Genehmigung nach § 39 Abs. 1 nichts entgegen, kann er einen Anspruch auf **Arbeitslosengeld** geltend machen (BSG ZfStrVo 1992, 134). Dasselbe gilt dann, wenn das Arbeitsverhältnis gekündigt wird oder die Genehmigung nach Abs. 1 zurückgenommen oder widerrufen wird, der Strafgefangene jedoch den Freigängerstatus behält. Da er in die Arbeitslosenversicherung einbezogen ist, wäre jede andere Lösung eine versicherungsfremde Diskriminierung: Sofern er die allgemeinen Voraussetzungen erfüllt, ist er nicht anders als ein „freier Bürger“ zu behandeln, da er ja de facto dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht (ebenso *C/MD* Rn. 3).

22 Unterliegt das **Ausbildungsverhältnis** dem BBiG, so sind nach dessen § 10 Abs. 2 arbeitsrechtliche Grundsätze entsprechend anwendbar. Die automatische Beendigung kommt hier angesichts des verstärkten Kündigungsschutzes des § 22 BBiG erst recht nicht in Betracht. Befindet sich der Strafgefangene in einer Weiterbildungsmaßnahme, erhielt er bis Ende 2003 **Unterhaltsgeld** nach §§ 153 ff. SGB III, das auch während der Ferien zu gewähren war (BSG ZfStrVo 1991, 374). Seither greift ausschließlich das Arbeitslosengeld ein.

23 Auch ein unbezahltes „Praktikum“ oder „**Volontariat**“ kann ein freies Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 39 Abs. 1 sein (LG Göttingen NSTz 1991, 408: ehrenamtliches Pflegepraktikum). In diesem Fall hat die Anstalt eine Ausbildungsbeihilfe nach § 44 zu bezahlen. Ein Haftkostenbeitrag nach § 50 Abs. 2 S. 1 scheidet aus. Die **Hausfrauentätigkeit** fällt nicht unter Abs. 1, sondern unter Abs. 2, da sie stärkere Ähnlichkeit mit selbstständiger Tätigkeit hat (ebenso im Ergebnis *Arloth* Rn. 7; *SBJL-Laubenthal* Rn. 17; anders *Böhm* 2003, Rn. 325).

24 Umstritten ist, ob das **Studium an einer Hochschule** als „freies Beschäftigungsverhältnis“ zu qualifizieren ist. Während das OLG Celle (ZfStrVo 1986, 183) und das LG Frankfurt/Main (StV 1987, 301) diese Frage bejahen, wird sie in der Literatur mit guten Gründen verneint (*Arloth* Rn. 4; *SBJL-Laubenthal* Rn. 17; *Nestler-Tremel* StV 1987, 302): Die Tätigkeit eines Studenten ist so sehr durch Unabhängigkeit und Dispositionsfreiheit über die eigene Zeit geprägt, dass schwerlich von einem „Beschäftigungsverhältnis“ die Rede sein kann. Auch stellt die Immatrikulation keinen vertragsähnlichen Akt dar. Der Sache nach handelt es sich um Selbstbeschäftigung i. S. d. Abs. 2 (unten Rdn. 28).

D. Der sog. unechte Freigang

25 Die Mehrzahl der Freigänger hat nicht die Möglichkeit, ein freies Beschäftigungsverhältnis nach § 39 Abs. 1 abzuschließen. Der im Hinblick auf den Angleichungsgrundsatz bestehende Vorrang bleibt so für viele ohne Wirkung. Daneben werden Nicht-Freigänger in Absprache mit der Vollzugsanstalt und mit ihrer Zustimmung bei Privatunternehmern für bestimmte Aufgaben eingesetzt. Nach Auffassung des BAG war dies nicht zu beanstanden; dem Betriebsrat des Arbeitsbetriebs stand nicht einmal ein Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG zu, da keine Einstellung eines Arbeitnehmers vorliege (BAG AP Nr. 18 zu § 5 BetrVG 1972). Die auf diese Weise Eingesetzten erbringen Arbeitsleistungen nach § 41 und sind deshalb dem Einsatzbetrieb gegenüber ohne wirksame arbeitsrechtliche Befugnisse; auch können sie von der Anstalt abberufen werden. Dies lässt sich **nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG nicht mehr aufrechterhalten**, da Art. 12 Abs. 3 GG die zulässige Zwangsarbeit „auf Einrichtungen oder Verrichtungen (beschränkt), bei denen die Vollzugsbehörden die öffentlich-rechtliche Verantwortung für die ihnen anvertrauten Gefangenen behalten“ (BVerfGE 98, 169 LS 3; BVerfG v. 27.12.2007 – 2 BvR 1061/05, zitiert nach BeckRS 2008, 3083). Möglich ist danach lediglich, dass den Angehörigen des Unternehmens die „technische und fachliche Leitung der einzelnen Arbeitsvorgänge“ übertragen wird, während eine weitergehende Übertragung der Gesamtverantwortung, insbesondere die Unterstellung des Gefangenen unter die ausschließliche Leitungsgewalt eines Privaten nicht zulässig ist (BVerfGE 98, 169, 209; anders noch HansOLG ZfStrVo 1992, 69). Diese Vorgaben bedürfen der Konkretisierung im Einzelfall. In der **Verantwortung der Anstalt** bleiben insbesondere alle **personellen Entscheidungen**, etwa über die Frage, welcher Gefangene zu welcher Zeit an welchem Arbeitsplatz eingesetzt wird. Auch die Mitbenutzung der Kantine oder von anderen Sozialeinrichtungen des Arbeitsbetriebs gehören in diesen Bereich. Dasselbe gilt für die **Verwendung der Freizeit** sowie für die **Entlohnung**. Bei Freigängern bestehen größere Spielräume: Findet sich keine Arbeit in einem freien Beschäftigungsverhältnis, so bleibt eine Zuweisung zu einem privaten Unternehmen möglich, sofern der Gefangene zustimmt. Ist dies der Fall, reicht es aus, wenn ein „Mindestmaß organisierter öffentlich-rechtlicher Verantwortlichkeit der Anstalt“ gewährleistet bleibt (vgl. § 41 Rdn. 13; BVerfGE 98, 169, 211; BVerfG v. 27.12.2007 – 2 BvR 1061/05, zitiert nach BeckRS 2008, 3083).

26 Werden diese Grenzen in unzulässiger Weise überschritten und wird der Gefangene wie ein Leiharbeiter voll in den Betrieb des Privatunternehmers integriert, besteht zumindest ein **faktisches Arbeitsverhältnis** mit allen lohn- und sozialversicherungsrechtlichen Folgen. Insofern gilt nichts anderes, als wenn ein freier Arbeitnehmer auf der Basis eines Scheinwerkvertrags eingesetzt und in Wirklichkeit voll in den Arbeitsbetrieb eingegliedert wird (BAG AuR 1984, 348). Das Fehlen der in § 39 Abs. 1 vorausgesetzten Erlaubnis hindert die Entstehung eines faktischen

Arbeitsverhältnisses nicht (zu diesem s. *Däubler* 2009, Rn. 162 ff.). Der Arbeitgeber kann genau wie im Fall illegaler Arbeitnehmerüberlassung durch entsprechende Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen mit dem „Verleiher“, d. h. der Anstalt, dafür sorgen, dass ihm keine unerwünschten Arbeitsverhältnisse aufgedrängt werden. Zur Verweigerung von Streikbrucharbeit siehe oben § 37 Rdn. 16.

E. Selbstbeschäftigung nach Abs. 2

27 Die in Abs. 2 geregelte Selbstbeschäftigung kommt sehr viel seltener als die Eingehung eines freien Beschäftigungsverhältnisses nach Abs. 1 vor (*Böhm* NStZ 1987, 189; Zahlenangaben bei *Lohmann* 2002, 72 ff.), doch wäre es falsch, sie von vorneherein auf Ausnahmefälle zu begrenzen (zutreffend *C/MD* Rn. 5). Inhaltlich geht es um eine **freiberufliche Tätigkeit** (OLG Frankfurt NStZ 1981, 159; *C/MD* Rn. 5; *SBJL-Laubenthal* Rn. 13, 17), die jedoch in untechnischem Sinne verstanden wird. Möglich sind deshalb nicht nur typisch freiberufliche Arbeiten wie die eines Künstlers, Schriftstellers oder Wissenschaftlers, sondern alle **selbstständigen Tätigkeiten**, auch die eines Unternehmers oder des Geschäftsführers einer GmbH (*Arloth* Rn. 7; *Lohmann* 2002, 65; *SBJL-Laubenthal* Rn. 13, 17). Im Regelfall wird ein Erwerbzweck vorliegen. Als zulässige und übliche Gegenstände werden genannt etwa das Zusammenstellen von Adressen für bestimmte Zwecke (so der Fall OLG Frankfurt NStZ 1981, 159), die Tätigkeit eines Verlegers (LG Hamburg NStZ 1987, 358), das Schreiben eines Fortsetzungsromans und andere journalistische Arbeiten (*Böhm* 2003, Rn. 323), die Erstellung von Gutachten (*Böhm* a. a. O.) sowie künstlerische Tätigkeiten aller Art bis hin zu einem Ikonenmaler. Nicht erfasst sind typische Freizeitaktivitäten, da die Selbstbeschäftigung ja an die Stelle der Zwangsarbeit nach § 41 Abs. 1 S. 1 tritt. Eine **inhaltliche Überprüfung der Arbeitsergebnisse** von Journalisten, Wissenschaftlern und Künstlern findet grundsätzlich **nicht** statt, da die Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG sowie die Freiheit der Wissenschaft und der Kunst nach Art. 5 Abs. 3 GG auch im Strafgefangenenverhältnis gelten (bedenklich deshalb *Grunau/Tiesler* 1982, § 39 Rn. 2). Auch wäre es eine gegen das AGG und Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verstoßende **Diskriminierung**, würde einem Gefangenen beispielsweise journalistische Arbeit deshalb untersagt, weil sie politischen Minderheitspositionen zuzurechnen ist, während dem „Mainstream“ verbundene Menschen sehr wohl eine Gestattung nach Abs. 2 erhalten würden (s. vor § 37 Rdn. 42 zum Verbot der Diskriminierung wegen Weltanschauung). Anders wäre dann zu entscheiden, wenn die fragliche Person (religiös oder politisch) motivierte Gewalt propagieren würde (dazu *Matt* FS 2010, 216 ff.) oder wenn sie sich etwa wegen der angeblichen Überlegenheit einer Rasse gegen einzelne Diskriminierungsverbote als solche wenden würde (dazu *Däubler/Bertzbach-Däubler*, AGG, 2. Aufl. 2008, Einl. Rn. 120). Keine Rolle darf es auch spielen, dass ein Gefangener zahlreiche **Beschwerden geschrieben** hat; ihn deshalb zu benachteiligen, würde gegen die guten Sitten verstoßen (BAG NZA 2005, 637 für die Ausübung von Rechten durch arbeitnehmerähnliche Personen).

28 Auch **Nichterwerbsarbeit** fällt unter den Begriff der Selbstbeschäftigung nach Abs. 2 (*SBJL-Laubenthal* Rn. 17). Von Bedeutung ist dies insbesondere für die **Hausfrauentätigkeit**, deren wirtschaftlicher Wert mittlerweile anerkannt ist (BGHZ 38, 55; 50, 304). Allerdings ist sie in der Regel nur außerhalb der Anstalt möglich (dazu unten Rdn. 30). Keine freiberufliche Tätigkeit ist demgegenüber ein Fernstudium; es zählt zur Weiterbildung nach § 37 Abs. 3 (OLG Nürnberg NStZ 1986, 353). Ein **Studium an einer Universität oder einer Fachhochschule** fällt unter Abs. 2. Nur dies wird der weitgehenden Dispositionsfreiheit des Studierenden gerecht. Mit Recht wurde deshalb einem Totalverweigerer die Möglichkeit eröffnet, während einer Freiheitsstrafe sein Philosophiestudium fortzusetzen (LG Frankfurt StV 1987, 301); insoweit gilt nichts anderes als bei Erstverurteilten, die in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis stehen. Zum Haftkostenbeitrag s. § 50 Rdn. 5.

29 Der Gesetzeswortlaut schweigt zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Genehmigung für eine Selbstbeschäftigung erteilt werden kann oder muss. Man greift deshalb auf allgemeine Grundsätze zurück und stellt darauf ab, inwieweit die Selbstbeschäftigung ihrem Gegenstand nach den Zielen des § 37 Abs. 1 entspricht (BT-Drs. 7/918, 67; *C/MD* Rn. 5; *SBJL-Laubenthal* Rn. 14). Das damit eröffnete **Ermessen** wird dann erheblich **eingengt**, wenn dem Gefangenen von der Anstalt keine geeignete Arbeit zugewiesen werden kann; in solchen Fällen Selbstbeschäftigung zu verweigern, ist nur aus ganz gravierenden Gründen möglich (OLG Hamm NStZ 1993, 208; OLG Karlsruhe ZfStrVo 1979, 54; vgl. *C/MD* Rn. 5; vgl. auch *Weinert* 1988, 292). Vom Resozialisierungsziel des § 2 Abs. 1 her gesehen ist die Selbstbeschäftigung immer dann zu genehmigen, **wenn sie eine positivere Entwicklung** des Gefangenen – verglichen mit der Zuweisung der üblichen Gefängnisarbeit und erst recht der Nichtbeschäftigung – **verspricht**. Das in Nr. 3 Abs. 1 der VV enthaltene Erfordernis des „wichtigen Grundes“ lässt sich deshalb nicht mit dem Gesetz vereinbaren (ebenso *Böhm* 2003, Rn. 323; kritisch auch *C/MD* Rn. 5; *Kaiser/Schöch* 2002, § 7 Rn. 113, Fn. 363). Auch lässt sich das Anlegen „strenger Maßstäbe“ (so *Arloth* Rn. 7) nicht mit dem Argument rechtfertigen, die Beaufsichtigung sei schwieriger als bei freien Beschäftigungsverhältnissen nach Abs. 1: Auch dort können sich Probleme ergeben, doch hat man keine Bedenken, dem durch Weisungen wie z. B. der Vorlage von Tourenplänen bei einem Außendienstmitarbeiter Rechnung zu tragen (s. insoweit *Arloth* Rn. 4). Unzulässig wäre es, eine Tätigkeit nach § 39 Abs. 2 nicht zuzulassen, weil die fragliche Person eine bestimmte ethnische Zugehörigkeit hat oder homosexuell orientiert ist (zu den Beweisfragen s. vor § 37 Rn. 43). Zum Verbot der Diskriminierung wegen Religion und Weltanschauung s. oben Rdn. 27.

30 **Selbstbeschäftigung ist auch außerhalb der Anstalt** möglich. Eine abweichende Entscheidung des OLG Hamm (StV 1987, 260; ihr folgend LG Wuppertal NStZ 1988, 477) hat sich nicht nur mit der vorher herrschenden Auffassung in Widerspruch gesetzt (OLG Frankfurt NStZ 1981, 159; LG Dortmund StV 1985, 337), sondern auch in der Literatur eine sehr kritische Aufnahme gefunden (*Böhm*

NStZ 1987, 189; *Däubler StV* 1987, 261; *Weinert* 1988, 292). Wenig später hat der BGH (NStZ 1990, 452) Klarheit geschaffen und Selbstbeschäftigung auch außerhalb der Anstalt zugelassen. Die Literatur ist dem – soweit ersichtlich – einhellig gefolgt (siehe nur *Böhm* 2003, Rn. 325; *CMD* Rn. 6; *Kaiser/Schöch* 2002, § 7 Rn. 114; *Laubenthal* 2008, Rn. 420; *Lohmann* 2002, 65; *M. Walter* 1999, Rn. 480). In der Tat ist nicht einzusehen, warum Selbstständige im Verhältnis zu abhängig Beschäftigten benachteiligt sein sollen, indem sie ihren Beruf nur innerhalb der Vollzugsanstalt ausüben könnten. Der Hinweis des OLG Hamm, nur in Abs. 1 werde auf die Voraussetzungen von Lockerungsmaßnahmen nach §§ 11, 14 verwiesen, überzeugt nicht: Wegen der Formulierung des Abs. 1 S. 1 bestand Anlass, ausdrücklich auf die Wahrung der allgemeinen Voraussetzungen des Freigangs hinzuweisen, während Entsprechendes bei Abs. 2 entfallen kann, da er nur eine Ermächtigung enthält, deren Ausschöpfung sich ersichtlich innerhalb des ansonsten geltenden Rechts bewegen muss (näher *Däubler StV* 1987, 262). Für Handwerker, Bauern und kleinere Unternehmer ist die Möglichkeit zur Fortsetzung ihrer bisherigen Arbeit oft von existentieller Bedeutung (*Weinert* a. a. O.). Außerdem schuf die Rechtsprechung des OLG Hamm einen Anreiz dafür, einen Strohmann einzusetzen und mit diesem ein Arbeitsverhältnis zu begründen (*Böhm* NStZ 1987, 198).

31 Nach **Abs. 3** hat die Behörde auch bei Selbstbeschäftigung die Möglichkeit, sich den erworbenen **Verdienst von den Geschäftspartnern überweisen zu lassen** und nach Maßgabe von Nr. 2 Abs. 3 VV über ihn zu verfügen. Insoweit bestehen dieselben Bedenken aus Art. 14 Abs. 1 GG wie bei abhängiger Beschäftigung (oben Rdn. 18). Gerade hier kommt die Einrichtung eines „und“-Kontos in Betracht (oben Rdn. 18). Nicht beachtet ist in den VV auch, dass der Gefangene jedenfalls dann nicht sozialversichert ist, wenn er seiner Tätigkeit außerhalb der Anstalt nachgeht; insoweit müsste ein Teil des Entgelts für eine freiwillige (Weiter-)Versicherung vorgesehen werden. Nr. 3 Abs. 2 S. 1 VV verweist darauf, dass der Strafgefangene seiner Steuerpflicht nachkommen und die Aufnahme seiner Tätigkeit nach § 138 AO der Finanzverwaltung anzeigen muss. Nr. 3 Abs. 2 S. 2 VV sieht bei einer Verletzung dieser Pflicht einen Widerruf der Erlaubnis vor. Um Privilegien innerhalb der Anstalt zu verhindern, wird nach § 47 Abs. 1 ein angemessenes Hausgeld festgesetzt, das allein zu Einkäufen innerhalb der Anstalt berechtigt. Dem nicht durch die Vollzugspraxis geprägten Betrachter erscheint die verbreitete „Privilegienfeindlichkeit“ etwas verwunderlich, ist doch auch das Leben in Freiheit, an das die Verhältnisse in der Anstalt heranführen sollen, alles andere als egalitär strukturiert. Mit einem gewissen Maß an Ungleichheit zu leben und dies nicht dauernd als eigene Zurücksetzung zu begreifen, gehört vermutlich zu den elementarsten sozialen Fähigkeiten, die ein straffreies Leben ermöglichen.

32 Die **Genehmigung** der Selbstbeschäftigung kann **widerrufen** werden, soweit die Voraussetzungen des § 49 Abs. 2 VwVfG gegeben sind (zustimmend *SBJL-/Laubenthal* Rn. 18); andere stellen auf § 14 Abs. 2 StVollzG ab (die Rechtsgrundlage blieb dahingestellt in OLG Frankfurt NStZ 1981, 159, 160). In der Literatur wird mit Recht

betont, dass im Einzelfall das **Verhältnismäßigkeitsprinzip** zu wahren ist (C/MD Rn. 7). Bei Verstößen gegen Auflagen oder die Anstaltsordnung hat danach zunächst eine Abmahnung zu erfolgen. Reicht eine Einschränkung aus, hat diese gegenüber dem Widerruf den Vorrang (OLG Frankfurt/Main NStZ 1981, 159). Übersteigt etwa die Anzahl der Außenkontakte eines selbstständigen Gewerbetreibenden die Kontrollmöglichkeiten der Anstalt bei weitem (vgl. LG Bonn NStZ 1988, 245), kann eine Reduzierung verlangt, nicht aber ein generelles Verbot ausgesprochen werden (vgl. auch OLG Bremen ZfStrVo SH 1979, 57).

33 Bei einem **Widerruf** kann § 49 Abs. 5 S. 1 VwVfG eingreifen, wonach der Vermögensnachteil zu **entschädigen** ist, den der Betroffene dadurch erleidet, dass er auf den Bestand des Verwaltungsakts vertraute. Weitere Voraussetzung ist, dass sein Vertrauen schutzwürdig war, was dann ausscheidet, wenn er durch eigenes schuldhaftes Verhalten die Widerrufsvoraussetzungen erst geschaffen hat. In die Entschädigungspflicht sind insbesondere Aufwendungen für Geräte, Materialien und die Einrichtung einer kleinen Werkstatt einzubeziehen (vgl. C/MD Rn. 7).

34 **Selbstständige Tätigkeiten** können nicht nur im Rahmen des Abs. 2 (und damit als Ersatz für die an sich geschuldete Arbeit), sondern **auch während der Freizeit** ausgeübt werden. In solchen Fällen greift § 4 Abs. 2 S. 2 ein, der unter den dort genannten Bedingungen Einschränkungen oder Verbote zulässt (LG Bonn NStZ 1988, 245). Eine Entschädigungspflicht entsteht dabei nicht. Zumindest entsprechend anwendbar ist jedoch § 39 Abs. 2, wenn die „Freizeitstätigkeit“ ausdrücklich genehmigt wurde, Investitionen erforderte und auf stetigen Erwerb gerichtet war (KG Berlin v. 09.07.2009 – 2 Ws 95/09, zitiert nach BeckRS 2009, 25386). Anhaltspunkte hierfür können z.B. die Verwendung hochwertiger Arbeitsgeräte oder Materialien, die Benutzung von Räumen, in denen üblicherweise Gefangenearbeit stattfindet, professionelles Handeln sowie der Verkauf der hergestellten Produkte sein. Das Bestehen eines solchen Rechtsverhältnisses hat zur Folge, dass ein Widerruf nur unter den engen Voraussetzungen des § 49 VwVfG möglich ist. Bei künstlerischen Betätigungen ist zu beachten, dass das **Arbeitsergebnis** nach § 950 BGB **dem Gefangenen** zusteht. In der Praxis ist es allerdings weithin üblich, dass etwa Gemälde derjenigen Stelle oder Person übereignet werden, die die erforderlichen Mittel vorgeschossen hat. Ist insoweit keine zweifelsfreie Abrede vorhanden, bleibt es beim Eigentum des Gefangenen. Dies gilt insbesondere für Bilder und Manuskripte.

F. Rechtsschutz

35 Für die gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen der JVA nach § 39 (z.B. die Ablehnung einer Gestattung nach Abs. 1), sind die Strafvollstreckungskammern nach §§ 109, 110 zuständig und nicht die Arbeitsgerichte (LAG Berlin-Brandenburg v. 03.06.2009 – 13 Ta 1102/09, zitiert nach BeckRS 2009, 66296). Anders ist dies im Verhältnis eines Gefangenen zu seinem Arbeitgeber, zu dem er in einem freien Beschäftigungsverhältnis steht, das auf einem Arbeitsvertrag oder einem

Berufsbildungsvertrag beruht: Hier sind allein die Arbeitsgerichte zur Entscheidung berufen (*Arloth* Rn. 3).

Gegen die Ablehnung eines freien Beschäftigungsverhältnisses oder einer Selbstbeschäftigung kann der Betroffene mit einem **Verpflichtungsantrag** vorgehen (§ 109 Abs. 1 S. 2). Soweit die Behörde Ermessensspielräume hat, richtet sich der Antrag darauf, den ablehnenden Bescheid aufzuheben und die Anstalt zu verpflichten, dem Antragsteller unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts einen erneuten Bescheid zu erteilen. Die Soll-Bestimmung des Abs. 1 beschränkt das **Ermessen** sehr stark, sobald die Voraussetzungen für den Freigang vorliegen (oben Rdn. 9). Auch das weitere Ermessen der Anstalt („kann“) bei der Selbstbeschäftigung wird in Einzelfällen erheblich eingeschränkt sein (oben Rdn. 29). Soweit das Ermessen auf null schrumpft, weil allein die Bewilligung des Antrags den Vorgaben des Gesetzes entspricht, kann direkt auf **Erteilung der Genehmigung** geklagt werden. Erscheint dies nicht ganz zweifelsfrei, empfiehlt es sich, neben diesem weitgehenden hilfsweise den Antrag zu stellen, eine **erneute Entscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts** zu treffen.

G. Landesgesetze

35aBW: § 45 JVollzGB-3

BY: Art. 42 BayStVollzG

HH: § 36 HmbStVollzG

HE: § 27 Abs. 4 u. Abs. 7 HStVollzG

NI: § 36 NJVollzG

35b Die Landesgesetze folgen dem Sinne nach dem Bundesgesetz. Allerdings wertet Hamburg die Regelung der Selbstbeschäftigung zu einer „Soll“-Vorschrift auf, während Niedersachsen das freie Beschäftigungsverhältnis zur bloßen Kann-Bestimmung abwertet.