

§ 42StVollzG

Freistellung von der Arbeitspflicht

(1) Hat der Gefangene ein Jahr lang zugewiesene Tätigkeit nach § 37 oder Hilfstätigkeit nach § 41 Abs. 1 Satz 2 ausgeübt, so kann er beanspruchen, achtzehn Werktage von der Arbeitspflicht freigestellt zu werden. Zeiten, in denen der Gefangene infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert war, werden auf das Jahr bis zu sechs Wochen jährlich angerechnet.

(2) Auf die Zeit der Freistellung wird Urlaub aus der Haft (§§ 13, 35) angerechnet, soweit er in die Arbeitszeit fällt und nicht wegen einer lebensgefährlichen Erkrankung oder des Todes eines Angehörigen erteilt worden ist.

(3) Der Gefangene erhält für die Zeit der Freistellung seine zuletzt gezahlten Bezüge weiter.

(4) Urlaubsregelungen der Beschäftigungsverhältnisse außerhalb des Strafvollzuges bleiben unberührt.

Bundeseinheitliche Verwaltungsvorschriften

Nr. 1 § 42 Abs. 1 Strafvollzugsgesetz gewährt einen Anspruch auf Freistellung von der Arbeitspflicht, sobald der Gefangene innerhalb eines zu einem beliebigen Zeitpunkt beginnenden Zeitraumes von einem Jahr seine Arbeitspflicht erfüllt hat.

Nr. 2 Auf das Jahr (§ 42 Abs. 1) werden ferner angerechnet

- a) Zeiten in denen der Gefangene Verletztengeld nach § 47 Abs. 6 SGB VII erhalten hat,
- b) Zeiten in denen der Gefangene aus anderen als Krankheitsgründen eine Tätigkeit nach § 42 Abs. 1 nicht ausgeübt hat, in der Regel bis zu drei Wochen jährlich, wenn dies angemessen erscheint,
- c) Zeiten einer Freistellung von der Arbeitspflicht und Urlaub aus der Haft, der nach § 42 Abs. 2 anzurechnen ist,
- d) Zeiten einer Freistellung von der Arbeit nach § 43 Abs. 6 und Arbeitsurlaub nach § 43 Abs. 7.

Nr. 3 (1) Als Werktage (§ 42 Abs. 1 S. 1) gelten alle Kalendertage, die nicht Sonn- oder gesetzliche Feiertage sind. (2) Erkrankt ein Gefangener während der Freistellung von der Arbeitspflicht, werden die Tage der Arbeitsunfähigkeit auf die Zeit der Freistellung nicht angerechnet.

Nr. 4 (1) Die Freistellung kann nur innerhalb eines Jahres nach Vorliegen der Voraussetzungen in Anspruch genommen werden.

(2) Eine erneute Freistellung kann frühestens 1 Jahr nach Vorliegen der Voraussetzungen für die vorhergehende Freistellung und in der Regel frühestens 3 Monate nach der letzten Freistellung in Anspruch genommen werden.

Nr. 5 Die Freistellung von der Arbeitspflicht ist von dem Gefangenen mindestens einen Monat vorher schriftlich zu beantragen.

Nr. 6 Bei der Festsetzung des Zeitpunkts der Freistellung sind die betrieblichen Belange, der Stand einer Aus- oder Weiterbildungsmaßnahme und die Möglichkeiten der Vollzugsgestaltung während der Freistellungszeit zu berücksichtigen.

Nr. 7 Der Berechnung der Bezüge nach § 42 Abs. 3 ist der Durchschnitt der letzten drei abgerechneten Monate vor der Freistellung, in denen der Gefangene im Vollzug der Freiheitsstrafe tätig war, zugrunde zu legen.

Nr. 8 Für Gefangene, die nach § 41 Abs. 1 S. 3 oder § 175 nicht zur Arbeit verpflichtet sind, gelten § 42 und Nummern 1 bis 7 entsprechend.

Übersicht

- A. Bedeutung der Vorschrift**
- B. Voraussetzungen für einen Freistellungsanspruch**
 - I. Allgemeines
 - II. Berechtigte
 - III. Berechnung der Jahresfrist
 - IV. Teilurlaub
- C. Freistellung im Einzelnen**
 - I. Was heißt „Freistellung“?
 - II. Berechnung der Dauer
 - III. Zeitliche Lage
 - IV. Erkrankung während der Freistellung
 - V. Berechnung der Vergütung
- D. Rechtsschutz**
 - I. Rechtsanspruch
 - II. Antragstellung
 - III. Gerichtlicher Rechtsschutz
- E. Landesgesetze**

A. Bedeutung der Vorschrift

1 § 42 führte ein neues Rechtsinstitut in das Strafvollzugsrecht ein. Mit dem nach einem Jahr ununterbrochener Arbeit entstehenden Anspruch auf bezahlte Freistellung wird ein **sozialstaatliches Minimum** gewährt. Seiner Dauer nach bleibt es allerdings ab 1. 1. 1995 hinter § 3 BUrlG zurück, der seither einen jährlichen Erholungsurlaub von mindestens 24 Werktagen garantiert. Die durch Tarifverträge geschaffene tatsächliche Urlaubsdauer der Arbeitnehmer liegt bei knapp sechs Wochen (Nachweise bei *Däubler* 2009, Rn. 294).

2 Die bezahlte Freistellung soll der Erhaltung und Wiederauffrischung der Leistungskraft dienen und eine **positive Einstellung zur Arbeit** schaffen, was die spätere Integration in das Leben in Freiheit erleichtert (BVerfGE 66, 199, 208; OLG Koblenz StV 1985, 335 mit Anm. *Feest*). Dieser doppelte Zweck ist auch bei der Auslegung zu berücksichtigen (so im Grundsatz BGH NSTZ 1988, 149 = EzSt § 42 StVollzG Nr. 1; vgl. auch *C/MD* Rn. 2); er rechtfertigt die **entsprechende Anwendung des Bundesurlaubsgesetzes** überall dort, wo das Strafvollzugsgesetz keine ausdrücklichen oder stillschweigenden Sonderregelungen enthält. Die Bereitschaft, dies auch in der Praxis umzusetzen, erscheint allerdings nicht sehr ausgeprägt; andernfalls hätte es nicht vorkommen können, dass das Bundesverfassungsgericht eine OLG-Entscheidung wegen Verstoßes gegen das Willkürverbot aufheben musste, wonach die Verbüßung eines Strafrestes die vorher erdiente Anwartschaft verfallen ließ und zum Beginn einer neuen Jahresfrist geführt hätte (BVerfGE 66, 199, 207 f.).

3 Die Freistellung nach § 42 steht neben der in § 43 Abs. 6 bis 9 vorgesehenen (*Arloth*, Rn. 1; *C/MD* Rn. 3; *Laubenthal* 2008, Rn. 409; *SBJL-Laubenthal* Rn. 1). Letztere versteht sich primär als Anerkennung für geleistete Arbeit, als nicht-monetäre Vergünstigung.

B. Voraussetzungen für einen Freistellungsanspruch

I. Allgemeines

4 Der Freistellungsanspruch beläuft sich auf 18 Werktage. Dabei wird der Sonnabend mitgerechnet. Lediglich Sonn- und Feiertage bleiben außer Betracht. Anders als nach § 125 SGB IX besitzen Schwerbehinderte keinen Zusatzurlaub (OLG Koblenz ZfStrVo 1987, 187); ihrem Gesundheitszustand ist ggf. bei der Zuteilung der Arbeit Rechnung zu tragen. Während der Dauer der Freistellung wird gem. Abs. 3 ähnlich wie nach § 11 BUrlG das bisherige Entgelt fortbezahlt.

II. Berechtigte

5 Erfasst sind alle Gefangenen, die während der Dauer eines Jahres eine zugewiesene Tätigkeit nach § 37 ausgeübt haben. Ob es sich dabei um Arbeit, arbeitstherapeutische Beschäftigung oder Aus- und Weiterbildung handelte, ist ohne Bedeutung. Gefangene,

die nach § 41 Abs. 1 S. 3 nicht zur Arbeit verpflichtet sind, die jedoch gleichwohl weiterarbeiten, besitzen ebenfalls einen Anspruch nach § 42 Abs. 1 S. 1. Die betreffenden Personengruppen (z. B. Gefangene, die älter als 65 Jahre sind) sollen nicht vor die Alternative gestellt werden, ohne Urlaub weiterzuarbeiten oder ihren Arbeitseinsatz an einem bestimmten Arbeitsplatz definitiv zu beenden. Insoweit ist durch Nr. 8 VV eine Selbstbindung der Verwaltung eingetreten (*Arloth* Rn. 2). Keine Voraussetzung für einen Anspruch nach § 42 Abs. 1 u. 3 ist, dass der Antragsteller im Zeitpunkt der Antragstellung auch tatsächlich (noch) in Arbeit steht (LG Essen v. 14.09.2007 – 6 StVK W 140/07, zitiert nach *BecksRS* 2008, 04449). Eine anderweitige Betrachtungsweise ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck der Vorschrift, da dieser neben der Erhaltung und Wiederauffrischung der Arbeitskraft u.a. auch darin besteht, durch Gewährung von Gegenleistungen für die Ausübung abhängiger Tätigkeit bei dem Gefangenen eine positive Einstellung zur Arbeit zu erzeugen (LG Essen a.a.O.).

6 Keine ausdrückliche Regelung ist für den Fall der **Selbstbeschäftigung** nach § 39 Abs. 2 getroffen worden. Als Selbstständige können diese Gefangenen ihre Zeit nach eigenen Vorstellungen einteilen und von daher auch in angemessenem Umfang die Arbeit unterbrechen (zustimmend *Arloth* Rn. 2). Freigänger, die nach § 39 Abs. 1 S. 1 ein **freies Beschäftigungsverhältnis** eingegangen sind, werden gem. § 42 Abs. 4 ausdrücklich **ausgenommen**; ihnen stehen Urlaubsansprüche gegen ihren Arbeitgeber im Rahmen der anwendbaren Tarifverträge und des Bundesurlaubsgesetzes zu. Dies gilt nicht bei den sog. „unechten“ Freigängern (vgl. § 39 Rdn. 25). Wird der Freigängerstatus widerrufen und das Arbeitsverhältnis daraufhin beendet, besteht lediglich ein Urlaubsabgeltungsanspruch nach § 7 Abs. 4 BUrlG; eine „Mitnahme“ der Urlaubsanwartschaft in den geschlossenen Vollzug ist nicht vorgesehen.

III. Berechnung der Jahresfrist

7 Das in Abs. 1 S. 1 gemeinte Jahr **beginnt mit der erstmaligen Arbeitsaufnahme**; anders als nach BUrlG spielt das Kalenderjahr keine Rolle (BGH NSTZ 1988, 149 = EzSt § 42 StVollzG Nr. 1; LG Hamburg NSTZ 1992, 103; *SBJL-Laubenthal* Rn. 5; *Pfister* NSTZ 1988, 118 Fn. 19). Wer am 15. April 2010 mit der Arbeit begonnen hat, besitzt deshalb ab 15. April 2011 einen Anspruch auf Freistellung.

8 Hat ein **Untersuchungsgefangener** während der Untersuchungshaft freiwillig gearbeitet, so stellt sich das Problem, ob diese Tätigkeit im Rahmen der sich anschließenden Straftat bei der Berechnung des „Urlaubsjahres“ zu berücksichtigen ist. Der BGH hat dies abgelehnt (BGHSt 35, 112 = EzSt § 42 StVollzG Nr. 2) und sich dabei auf die fehlende Arbeitspflicht des Untersuchungsgefangenen sowie darauf berufen, dass § 177 nur eine entsprechende Anwendung der Vergütungsregelungen vorschreibe (zustimmend *Arloth* Rn. 2; *C/MD* Rn. 3; *Laubenthal* 2008, Rn. 410). Dies ist mit Recht auf Kritik gestoßen (s. insbesondere *Feltes* in der Anm. zu BGH a. a. O., anders auch die vorangegangenen Entscheidungen OLG Zweibrücken NSTZ 1987, 293 und OLG Hamm

NStZ 1988, 47). Freiwilligkeit der Arbeit ist ersichtlich kein Grund, um Urlaubsansprüche zu versagen; auch die normale Arbeitnehmertätigkeit ist insoweit freiwillig, als der Einzelne jederzeit unter Wahrung der Frist nach § 622 Abs. 1 BGB kündigen kann. Die Regelung des § 177 liefert gleichfalls kein Argument für die „Trennungstheorie“ des BGH, da auch die bezahlte Freistellung als Teil der Vergütung qualifiziert werden kann, was dann einleuchtet, wenn man die ganze, z. B. in 1 ½ Jahren erbrachte Arbeitsleistung und die im gleichen Zeitraum erhaltene Vergütung gegenüberstellt (zu entsprechenden Erklärungsansätzen beim arbeitsrechtlichen Urlaubsanspruch siehe *Ihmels* 1981). Davon abgesehen **verstößt es gegen den Angleichungsgrundsatz**, wenn der Wechsel von der Untersuchungs- zur Straftaft zum Wegfall des Urlaubsanspruchs führt, während der Wechsel von einem zu einem anderen Arbeitsverhältnis keine entsprechenden Konsequenzen hat. Der Grundsatz Arbeit = Arbeit wäre auch angesichts der VV Nr. 8 sehr viel systemkonformer als **die vom BGH entwickelte Ersatzlösung**: Die Vollzugsbehörden seien rechtlich nicht gehindert, einen Gefangenen, der in der vorangegangenen Untersuchungshaft gearbeitet habe, auch ohne die Voraussetzungen des § 42 Abs. 1 vorübergehend von der Arbeit freizustellen, wenn dies zur Vermeidung von Härten oder deshalb geboten erscheine, weil sich das Vollzugsziel des § 2 so besser erreichen lasse (BGH a. a. O.). Allerdings soll dann auch der Vergütungsanspruch zur Disposition der Behörde stehen; nur aus Billigkeitsgründen könne ein Ausgleich gewährt werden. Dies stellt ein Stück mutiger Rechtsschöpfung in einem Bereich dar, wo sich sachgerechte Ergebnisse hätten auf viel einfacherem Wege erreichen lassen.

9 Fehlzeiten: Besondere Probleme ergeben sich, wenn – wie üblich – nicht 52 Wochen hintereinander im 40-Stunden-Rhythmus gearbeitet wurde, sondern bestimmte Fehlzeiten zu verzeichnen waren. Das Gesetz enthält insoweit nur eine **sehr lückenhafte Regelung**. Abs. 1 S. 2 bestimmt, dass Krankheitszeiten bis zu sechs Wochen jährlich angerechnet werden; der Gefangene wird so gestellt, wie wenn er während dieser Zeit gearbeitet hätte (BGH NStZ 1988, 149). Was bei längeren Erkrankungen geschieht und wie sonstige verschuldete oder unverschuldete Fehlzeiten zu behandeln sind, wird nicht gesagt. Nr. 2 der VV enthält **Ermessensrichtlinien**, wonach Zeiten anzurechnen sind, in denen der Gefangene Verletztengeld bezog (seine über sechs Wochen hinausgehende Krankheit also auf einem Arbeitsunfall oder einer Berufskrankheit beruhte) oder in denen er Hafturlaub nach §§ 13, 35 hatte. Gleichgestellt ist der Arbeitsurlaub nach § 43 Abs. 6-9. Schließlich ist die Anrechnung anderer nicht krankheitsbedingter Fehlzeiten „in der Regel bis zu drei Wochen jährlich“ möglich, „wenn dies angemessen erscheint“. Ungeklärt bleibt auch hier, inwieweit eine Überschreitung der vorgesehenen Zeitgrenzen zu einem Neubeginn der Jahresfrist oder nur zu einer Hemmung der Frist führt mit der Folge, dass sie nach Wiederaufnahme der Arbeit weiterläuft.

10 Festzuhalten ist zunächst, dass die in VV Nr. 2 b genannte Grenze von **drei Wochen keine absolute Obergrenze** darstellt, sondern im Einzelfall überschritten werden kann. Dabei sowie bei der Anrechnung als solcher trifft die Vollzugsbehörde eine

Ermessensentscheidung (OLG Koblenz ZfStrVo 1992, 197). Bei ihr ist insbesondere zu berücksichtigen, ob Fehlzeiten verschuldet oder unverschuldet sind und ob sie wie z. B. ein voraussehbarer längerer Arbeitsausfall einen gewissen eigenen Erholungswert haben (OLG Koblenz a. a. O.). Dass auch verschuldete Ausfallzeiten berücksichtigt werden können, ist mittlerweile im Grundsatz anerkannt (*Arloth* Rn. 4; *Laubenthal* 2008, Rn. 411). Dabei eine absolute Obergrenze anzunehmen, erscheint plausibel; sie schon bei 30 Arbeitstagen anzusetzen (so OLG Stuttgart NStZ 1987, 479; zustimmend *SBJL-Laubenthal* Rn. 6) dürfte ein wenig schematisch sein. Das OLG Koblenz (ZfStrVo 1992, 197) sieht demgegenüber bei knapp 39 verlorenen Arbeitstagen die Obergrenze noch nicht als erreicht an.

11Fällt im Rahmen von Bildungsmaßnahmen **Unterricht aus**, so ist dies ohne Bedeutung, wenn sich die Teilnehmer selbst mit dem Lehrmaterial befassen sollen (OLG Nürnberg NStZ 1995, 382; zustimmend *SBJL-Laubenthal* Rn. 6).

12Ist das Quantum der „anrechenbaren“ Fehlzeiten überschritten, so tritt lediglich eine „**Hemmung**“ der **Jahresfrist** ein. Wird die Arbeit fortgesetzt, läuft die Frist weiter (BVerfGE 66, 199, 206; BGH ZfStrVo 1988, 117; *SBJL-Laubenthal* Rn. 8; einschränkend *Laubenthal* 2008, Rn. 413). Die durch Arbeit erworbene Anwartschaft geht auch durch schuldhaftes Fehlverhalten nicht verloren, da dies eine zusätzliche, in § 103 nicht vorgesehene Disziplinarsanktion darstellen würde. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die Unterbrechung länger als die „Arbeitsperiode“ dauert, da in einem solchen Fall nicht mehr von einem Jahresrhythmus die Rede sein kann (vgl. OLG Hamm ZfStrVo 1989, 312).

13**Weigert sich ein Gefangener**, überhaupt **zu arbeiten**, entsteht kein Freistellungsanspruch, da die Voraussetzungen des Abs. 1 nicht erfüllt sind. Wer zunächst arbeitet, dann jedoch auf Dauer die Arbeit verweigert, kann keine anteilige Freistellung verlangen. Eines Rückgriffs auf das Prinzip von Treu und Glauben bedarf es insoweit nicht (s. LG Regensburg NStZ 1981, 40; *C/MD* Rn. 3). Ist der gesamte Freistellungsanspruch bereits „erdient“, kann er auch dann geltend gemacht werden, wenn der Gefangene ansonsten die Arbeit unberechtigt verweigert. Die Sanktion eines „Freistellungsverlustes“ ist in § 103 nicht vorgesehen und darf auch nicht als zusätzliches „Übel“ neben der abschließenden gesetzlichen Regelung her entwickelt werden (a. A. LG Regensburg NStZ 1990, 303; differenzierend *SBJL-Laubenthal* Rn. 7 u. 4)

IV. Teilurlaub

14Meinungsverschiedenheiten bestehen bei der Frage, ob bei Nichterfüllung der Jahresfrist eine **anteilige Freistellung** möglich ist. Praktisch kann dies insbesondere dann bedeutsam werden, wenn ein Übergang in ein freies Beschäftigungsverhältnis nach § 39 Abs. 1 erfolgt. Der BGH (NStZ 1988, 149 = EzSt § 42 StVollzG Nr. 1) hat im Gegensatz zum OLG Koblenz (StV 1985, 335 mit zustimmender Anm. *Feest*) die Gewährung eines Teilurlaubs in entsprechender Anwendung des § 5 BUrlG abgelehnt. Der Wortlaut des

§ 42 sehe Derartiges nicht vor; auch wenn man den Gesetzeszweck in Betracht ziehe, bestehe keine durch Analogie zu füllende Lücke (gegen eine entsprechende Anwendung des § 5 BUrlG auch *Arloth* Rn. 3; im Ergebnis auch *SBJL-Laubenthal* Rn. 8; *Pfister* NSZ 1988, 118; kritisch dazu *Feltes* in der Anm. zu BGH a. a. O.).

15Im Einzelnen ist zu differenzieren. Verlängert sich das in § 42 Abs. 1 vorausgesetzte „Freistellungsjahr“ über 365 Kalendertage hinaus, weil **nicht anrechenbare Fehlzeiten** entstanden sind, so ist dies hinzunehmen; die gesetzliche Regelung, wonach die dreiwöchige Freistellung ein Äquivalent für zwölf Monate Arbeit ist, kann nicht über die anrechenbaren Fehlzeiten hinaus etwa in der Weise korrigiert werden, dass für jeden Monat Arbeit ein Anspruch in Höhe eines Zwölftels der „Jahresfreistellung“ eingeräumt wird. Der dem Gefangenen durch die kalendermäßige Verlängerung des Jahres entstehende Nachteil ist gering, da er nach seinem Ablauf ja in den Genuss der vollen Freistellung kommt. Anders verhält es sich, wenn die **Freistellung verfallen** würde, weil er entlassen wird oder als Freigänger ein Arbeitsverhältnis antritt: Hier wäre das gesetzliche Äquivalenzverhältnis entscheidend gestört, da weder eine Abgeltung entsprechend § 7 Abs. 4 BUrlG noch eine „Mitnahme“ des Freistellungsanspruchs in ein Arbeitsverhältnis möglich ist. Zur Vermeidung eines solchen ungerechten Ergebnisses, das dem Gefangenen die nötige Erholung verweigert und ihn entgegen dem Angleichungsgrundsatz schlechter als andere Beschäftigte stellt, ist daher eine **anteilige Teilfreistellung** zu gewähren. Wer etwa bis zu seinem Übergang in ein Arbeitsverhältnis sechs Monate gearbeitet hatte, muss vorher für $18/2 = 9$ Werktage von der Arbeit freigestellt werden.

C. Freistellung im Einzelnen

I. Was heißt „Freistellung“?

16Der Rechtsanspruch des Gefangenen richtet sich auf volle Freistellung; auch Ausbildungsveranstaltungen sind während dieser Zeit nicht zu besuchen. Die fragliche Zeit muss innerhalb der Anstalt verbracht werden, wenn der Gefangene nicht urlaubsberechtigt im Sinne der §§ 13, 35 ist. In diesen Fällen ist es Aufgabe der Anstalt, die Zeit der Freistellung mit einer sinnvollen Behandlung und Gestaltung auszufüllen (*RegE* 1973, 71; s. auch *C/MD*, Rn. 8). Dabei ist etwa an **erweiterte Besuchsmöglichkeiten** (§ 24 Rdn. 16 ff., 25) oder an kulturelle Aktivitäten zu denken, an denen der einzelne bei Bedarf nicht nur als Konsument teilnimmt.

II. Berechnung der Dauer

17Als Werktage gelten alle Kalendertage, die **nicht Sonn- oder gesetzliche Feiertage** sind; insoweit hat Nr. 3 Abs. 1 VV die Regelung des § 3 Abs. 2 BUrlG übernommen. Samstage sind daher Werktage im Sinne dieser Regelung. Dies bedeutet jedoch nicht, dass von den 18 Freistellungstagen von vornherein drei Samstage abgezogen werden dürfen (LG Potsdam v. 19. 10. 2001 – 20 Vollz 212/2001; a.A. OLG Celle

v. 19.06.2008 – 1 Ws 254/08, zitiert nach BeckRS 2008, 18059); es muss nämlich den Gefangenen überlassen bleiben, ob sie für Samstag eine (unbezahlte) Freistellung beantragen oder die Freistellung lieber bezahlt an einem „echten“ Werktag in Anspruch nehmen.

18Nach § 42 Abs. 2 werden Zeiten des **Hafturlaubs** nach §§ 13, 35 angerechnet, soweit dieser in die Arbeitszeit fiel. Wird montags bis freitags gearbeitet, wurde der Hafturlaub jedoch ausschließlich am Wochenende gewährt, bleiben die drei Wochen ungeschmälert erhalten. Eine Ausnahme von der Anrechnung besteht auch bei einer lebensgefährlichen Erkrankung und dem Tod eines Angehörigen. Dabei dürfte der Begriff des § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB zugrunde zu legen sein.

19Keine Anrechnung auf die Freistellung kommt in Betracht, wenn die Produktionseinheit, in der der Gefangene tätig ist, „**Betriebsferien**“ macht. Dies stellt eine schlichte Arbeitsunterbrechung dar (*SBJL-Laubenthal*, Rn. 9); dem Einzelnen kann die Ausübung seines Anspruchs aus § 42 Abs. 1 nicht gegen seinen Willen aufgedrängt werden.

III. Zeitliche Lage

20Hat der Gefangene ein Jahr gearbeitet, kann er nach näherer Maßgabe der VV Nr. 4 **Freistellung innerhalb eines Jahres** in Anspruch nehmen. Mit dem Ablauf des letzten Arbeitstages des ersten Jahres beginnt daher eine neue Jahresfrist. Wird der Urlaub innerhalb des zweiten Jahres relativ spät genommen, ist nach Nr. 4 Abs. 2 VV ein Mindestabstand von drei Monaten bis zur nächsten Freistellung einzuhalten. Im Übrigen ist den Wünschen des Gefangenen in Bezug auf die zeitliche Lage zu entsprechen, soweit sich dadurch keine ins Gewicht fallenden Störungen der Arbeitsabläufe ergeben. Eine Ablehnung wegen der in § 1 AGG genannten Merkmale ist ausgeschlossen. Ethnische Zugehörigkeit, Religion und Weltanschauung, jüngeres Lebensalter und sexuelle Orientierung dürfen keine Rolle spielen, auch nicht neben anderen Gesichtspunkten (s. vor § 37 Rdn. 43 a. E.). Die im Laufe des zweiten Jahres gewährte Freistellung ist auf den Lauf der zweiten Jahresfrist anzurechnen; nur dann kann das vom Gesetz verfolgte Ziel, den Gefangenen an den normalen Jahresrhythmus zu gewöhnen (*BT-Drs. 7/918, 71*), ansatzweise erreicht werden. Vergeht das zweite Jahr, ohne dass die Freistellung in Anspruch genommen worden wäre, verfällt sie.

21Weder im Gesetz noch in den VV findet sich eine Aussage darüber, ob die **Freistellung in einem Stück** genommen werden muss oder ob sie auch in mehrere Abschnitte aufgeteilt werden kann. Die Aufteilung ist ersichtlich dann sinnvoll, wenn nach §§ 13, 35 Urlaub gewährt wird, der sich nicht auf das Wochenende beschränkt. Im geschlossenen Vollzug sollte das sog. **Stückelungsverbot** des § 7 Abs. 2 BUrIG grundsätzlich entsprechende Anwendung finden; nur wenn ein dringendes Bedürfnis seitens der Anstalt oder seitens des Gefangenen besteht, kommen auch kleinere Zeiteinheiten bis zu einem Tag in Betracht (vgl. *Arloth* Rn. 5; *SBJL-Laubenthal* Rn. 12).

IV. Erkrankung während der Freistellung

22 Erkrankt der Gefangene während der Freistellungszeit, so sind die Krankheitstage auf diese nicht anzurechnen, da der Erholungseffekt nicht eintreten kann. § 9 BUrIG ist insoweit entsprechend anzuwenden, woraus Nr. 3 Abs. 2 VV die nötigen Konsequenzen gezogen hat (*C/MD* Rn. 6).

V. Berechnung der Vergütung

23 Der Gefangene hat nach Abs. 3 einen Rechtsanspruch auf seine zuletzt gezahlten Bezüge für jeden Tag der Freistellung. Nach VV Nr. 7 ist dabei der **Durchschnitt der letzten drei abgerechneten Monate** vor der jeweiligen Freistellung zugrunde zu legen. Fehltag haben außer Betracht zu bleiben, da sie keinen Vergütungsanspruch auslösen und deshalb nicht „abgerechnet“ werden. Dasselbe gilt wegen der unterschiedlichen Vergütung für Zeiten der Arbeit in Untersuchungshaft (*Arloth* Rn. 7). Vom Zweck des Abs. 3 her soll der Gefangene während der Freistellung so behandelt werden, als ob er gearbeitet hätte; frühere Fehlzeiten dürfen daher sein Entgelt insbesondere dann nicht mindern, wenn ihn an ihrer Entstehung keine Schuld traf. Rechtsprechung (OLG Hamm *ZfStrVo* 1996, 47) und Literatur (*C/MD* Rn. 8; *Maldener ZfStrVo* 1996, 343; *SBJL-/Laubenthal* Rn. 13) gehen deshalb übereinstimmend davon aus, dass es allein auf die Vergütung ankommt, die durchschnittlich pro effektivem Arbeitstag in den letzten drei Monaten erzielt wurde. Ergänzend könnte man auch auf § 11 Abs. 1 S. 3 BUrIG verweisen, wonach Verdienstkürzungen, die im Berechnungszeitraum infolge Kurzarbeit, Arbeitsausfällen oder unverschuldeter Arbeitsversäumnis eintreten, bei der Berechnung des Urlaubsentgelts außer Betracht bleiben.

D. Rechtsschutz

I. Rechtsanspruch

24 Dass der Gefangene einen Rechtsanspruch auf Freistellung und Bezahlung seines Entgelts hat, ist in Rechtsprechung und Literatur unbestritten (s. etwa OLG Karlsruhe *NStZ* 1981, 455; LG Hamburg *NStZ* 1992, 103; *C/MD* Rn. 1; *Pfister* *NStZ* 1988, 117), doch wird aus der Praxis von erheblichen Widerständen gegen dieses Rechtsinstitut berichtet. Trotz des Angleichungsgrundsatzes stößt die entsprechende Anwendung einzelner Vorschriften des Bundesurlaubsgesetzes noch auf große Skepsis.

II. Antragstellung

25 Der Anspruch auf Freistellung von der Arbeitspflicht ist von dem Gefangenen **mindestens einen Monat vor der Inanspruchnahme** mit einem entsprechenden Antrag geltend zu machen (VV Nr. 5). Es empfiehlt sich, Beschäftigungs- und Arbeitsentgeltnachweise bzw. Nachweise über die Teilnahme an Ausbildungsmaßnahmen und erhaltene Ausbildungsbeihilfen sorgfältig aufzubewahren und sie dem Antrag

beizufügen. Hat ein Gefangener einige Monate nach Ablauf der Jahresfrist noch keinen Antrag auf Freistellung gestellt, sollte ihn die Anstalt auf seine Rechte hinweisen.

III. Gerichtlicher Rechtsschutz

26 Der Gefangene kann seine gesetzlichen Rechte im Wege des Verpflichtungsantrags gerichtlich durchsetzen. Soweit der Behörde ein Ermessen eingeräumt ist, kommt im Regelfall nur ein Antrag auf Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts in Betracht.

E. Landesgesetze

26a **BW:** § 48 JVollzGB-3

BY: Art. 45 BayStVollzG

HE: § 27 Abs. 9 HStVollzG

HH: § 39 HmbStVollzG

NI: § 39 NJVollzG

26b Diese Landesgesetzgebung **folgt dem Muster des § 42 StVollzG mit einigen bemerkenswert angleichenden Ausnahmen:** HE und HH reduzieren die Wartezeit von einem Jahr auf die von § 4 BUrlG vorgesehenen sechs Monate. Während BW, und BY die Zahl der Freistellungstage weiterhin auf 18 begrenzen, erhöht HE diese Zahl auf 20, HH auf 22 und NI auf die in § 3 BUrlG vorgesehenen „mindestens“ 24 Tage.