

§ 39 StVollzG (Freiberufliche Tätigkeit außerhalb der JVA)

**Für die Ausübung einer freiberuflichen Tätigkeit außerhalb der Justizvollzugsanstalt bietet das Strafvollzugsgesetz keine Handhabe.**

OLG Hamm, Beschl. v. 17. 4. 1986 – I Vollz (Ws) 9/86 –

*Aus den Gründen:* Der Betroffene befindet sich zur Vollstreckung von Freiheitsstrafen im offenen Vollzug in der JVA C. Den von ihm an den Leiter dieser JVA gestellten Antrag, ihm im Rahmen eines freien Beschäftigungsverhältnisses zu gestatten, als Schuhmacher in seinem Verkauf- und Reparaturbetrieb in D. arbeiten dürfen, wurde abgelehnt. Auf den (nach erfolglosem Widerspruchsverfahren) durch den Betroffenen gestellten Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat die StVK den angefochtenen Bescheid und den Widerspruchsbescheid aufgehoben und den Leiter der JVA verpflichtet, den Antrag des Betroffenen unter Beachtung der Rechtsauffassung der StVK neu zu bescheiden. Zur Begründung hat sie ausgeführt, daß die Tätigkeit in dem eigenen Schuhmacherbetrieb als Selbstbeschäftigung gem. § 39 Abs. 2 StVollzG auch außerhalb der Anstalt gestattet werden könne; somit müsse der Betroffene demgemäß neu beschieden werden. Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Rechtsbeschwerde des Leiters der JVA C., die zur Fortbildung des Rechts zulässig ist, und zwar zur Klärung der Frage der Gestattung freiberuflicher Tätigkeit außerhalb der Anstalt. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet. Die – ablehnende – Entscheidung des Leiters der JVA ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Die Ausübung einer *freiberuflichen Tätigkeit* außerhalb der Justizvollzugsanstalt käme ggfls. nur als Selbstbeschäftigung im Wege des Freiganges in Frage. Dafür bietet das Strafvollzugsgesetz aber keine Handhabe.

Zwar kann der Gefangene gem. § 39 Abs. 1 StVollzG ggfls. auf der Grundlage eines *freien Beschäftigungsverhältnisses* einer Arbeit, Berufsausbildung, beruflichen Fortbildung oder Umschulung *außerhalb* der Anstalt nachgehen, wenn dies im Rahmen des Vollzugsplans dem Ziel dient, Fähigkeiten für eine Erwerbstätigkeit nach der Entlassung zu vermitteln, zu erhalten oder zu fördern und nicht überwiegend Gründe des Vollzuges entgegenstehen. Durch diese Bestimmung wird aber nur ein freies Beschäftigungsverhältnis des Gefangenen der Arbeitszuweisung (oder der Ausbildung oder Weiterbildung) durch die JVA unter den Voraussetzungen gleichgestellt, daß es im Rahmen des Vollzugsplanes dem allgemeinen Ziel der Arbeit (§ 37 Abs. 1) dient, und keine überwiegenden Gründe des Vollzuges entgegenstehen. Sowohl für die zugewiesene Arbeit, d. h. für die anstaltsvermittelte externe Arbeit als auch für das freie Beschäftigungsverhältnis außerhalb der Justizvollzugsanstalt müssen schließlich noch gleichzeitig die Voraussetzungen des § 11 StVollzG, insbesondere mit der dort vorgesehenen Lockerung des Freiganges vorliegen (vgl. *OLG Celle* NStZ 1981, 35). Diese Regelung des § 39 Abs. 1 StVollzG und seiner umfassenden Verweisung auf den § 11 StVollzG, bei Selbständigkeit der beiden genannten Bestimmungen (vgl. *OLG Celle* a. a. O.), gilt aber nur für das Eingehen eines freien Beschäftigungsverhältnisses durch den Gefangenen, also einer abhängigen Tätigkeit, sie kann nicht auf die Ausübung einer freiberuflichen Tätigkeit ausgeweitet werden. Somit ist auch die Regelung des § 39 Abs. 1 StVollzG auf den vorliegenden Fall nicht anzuwenden. Aber auch nach der Bestimmung des § 39 Abs. 2 StVollzG, die die Strafvollstreckungskammer in dem angefochtenen Beschluß auf den vorliegenden Fall angewendet hat, ist die Ausübung einer freiberuflichen Tätigkeit außerhalb der JVA nicht zulässig. In § 39 Abs. 2 StVollzG ist zwar lediglich geregelt, daß »dem Gefangenen gestattet werden kann, sich selbst zu beschäftigen«. Das Gesetz nennt danach nicht die Kriterien, die für die Erteilung einer solchen Erlaubnis maßgebend sind. Daraus kann aber nicht der Schluß gezogen werden, daß die Ausübung einer freiberuflichen Tätigkeit im Gegensatz zu der Regelung des freien Beschäftigungsverhältnisses in § 39 Abs. 1 StVollzG sowohl innerhalb als auch außerhalb der JVA genehmigt werden könne. Zum einen folgt keineswegs aus der einschränkenden Regelung der Ausübung eines freien Beschäft-

tigu  
StV  
inne  
den  
davi  
selb  
cher  
tung  
ches  
Reg  
S. 2,  
bleil  
der :  
los;  
aufg  
viel  
auße  
StVe  
setzu  
kom  
besc  
folgt  
bescl  
Dies  
Gese  
23.7  
schäl  
»Sof  
nach  
zuläs  
werd  
entri  
gung  
Kom  
lager  
Dana  
zitier  
lung;  
Selbs  
wollt  
lagen  
ihre  
Unm  
der K  
bestir  
bei kl  
dageg  
Dana  
Selbs  
auch  
StVol  
unter  
werde

Dem  
stehen  
StVoll  
JVA z  
In Kai  
gerege  
gen d  
Wortla  
schlos  
§ 39 F  
§ 39, f  
keit in  
eine na  
§ 37 A  
beschä  
Bei Ki  
»ausna  
men ko  
der Str

tigungsverhältnisses nur *außerhalb* der JVA in § 39 Abs. 1 StVollzG, daß andere Tätigkeiten sowohl außerhalb als auch innerhalb der JVA zulässig sind (so aber die Begründung in dem angefochtenen Beschluß). Zum anderen kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß für die Gestattung einer selbständigen Tätigkeit außerhalb der Anstalt keine gesetzlichen Voraussetzungen geschaffen worden seien, deren Gestaltung also ohne Einschränkungen zulässig wäre. Ein wesentliches Kriterium dagegen ist zunächst einmal, daß in Abs. 2 eine Regelung wie in Abs. 1, nämlich die Bestimmung des Abs. 1 S. 2, wonach § 11 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und § 14 unberührt bleiben, fehlt. Das Fehlen dieser Verweisung in Abs. 2, auf das der angefochtene Beschluß nicht eingeht, ist nicht bedeutungslos; anderenfalls wäre diese Verweisung nicht in Absatz 1 aufgenommen und in Abs. 2 weggelassen worden. Daraus ist vielmehr der Schluß zu ziehen, daß eine Selbstbeschäftigung außerhalb einer JVA d. h. im Wege des Freiganges gem. § 11 StVollzG mit den demgemäß selbständig zu prüfenden Voraussetzungen (siehe *OLG Celle* a. a. O.) – nicht in Betracht kommt. Zwar können selbstverständlich auch einem »Selbstbeschäftigter« Vollzugslockerungen gewährt werden, jedoch folgt aus der gegebenen Gesetzessystematik, daß für die Selbstbeschäftigung kein Freigang vorgesehen ist. Diesem Gesetzeswortlaut entspricht auch die Intention des Gesetzgebers. In dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung v. 23. 7. 1973 BT Drs. 7/918 S. 67 heißt es wörtlich zur Selbstbeschäftigung:

»Sofern auch mit einer Selbstbeschäftigung die Ziele der Arbeit nach § 37 erreicht werden können, ist nach Abs. 2 auch diese zulässig. Sie kann nach § 46 Abs. 2 davon abhängig gemacht werden, daß der Gefangene den Haftkostenbeitrag im voraus entrichtet. Anders als bei den in Abs. 1 geregelten Beschäftigungsverhältnissen ist die Selbstbeschäftigung, anders als im Kommissionsentwurf, wegen der Unübersichtbarkeit der Sachlagen nicht der zugewiesenen Arbeit gleichgestellt.«

Danach ergibt sich insbesondere aus dem letzten Satz der zitierten Begründung, daß der Gesetzgeber keine »Gleichstellung« des freien Beschäftigungsverhältnisses mit der (wohl) als Selbstbeschäftigung zu wertenden freiberuflichen Tätigkeit gewollt hat. Zu der angesprochenen »Unübersichtbarkeit der Sachlagen« gehört, daß ansonsten grundsätzlich auch Gefangene ihre eigenen Praxen, Gaststätten usw. mit der oft gegebenen Unmöglichkeit der zeitlichen Einteilung dieser Tätigkeiten und der Kontrolle ihrer Arbeit betreiben dürften. Ausnahmen für bestimmte Freiberufler mit in etwa festen Arbeitszeiten, z. B. bei kleinen Gewerbetreibenden, wie im vorliegenden Falle, sind dagegen vom Gesetzgeber nicht vorgesehen.

Danach ist sowohl nach Wortlaut und Zweck der Vorschrift Selbstbeschäftigung unter den Voraussetzungen des Freiganges auch außerhalb der JVA nicht möglich (so auch *Grunau/Tiefler*, StVollzG, 2. A., zu § 39 Rdnr. 3). Für dieses Ergebnis kann unterstützend auch noch auf die Gesetzesmaterialien verwiesen werden.

Dem überwiegenden Teil der auf einem gegenteiligen Standpunkt stehenden Lit. kann dagegen nicht gefolgt werden. Nach *Pecic*, in AK-StVollzG zu § 39 Rdnr. 39b, ist eine Selbstbeschäftigung außerhalb der JVA zu gestatten, ohne daß diese Auffassung begründet wird. In *Kaiser/Kerner/Schöch*, StVollzG § 6 Rdnr. 99 heißt es dazu: »Nicht geregelt ist die Frage, ob Selbstbeschäftigung unter den Voraussetzungen des Freiganges auch außerhalb der Anstalt möglich ist. Nach Wortlaut und Zweck der Vorschrift ist dies jedenfalls nicht ausgeschlossen (ebenso *OLG Frankfurt* 4. 6. 1980; *Calliess-Müller/Dietz* 1979 § 39 Rdnr. 6).« *Groskelwing* in *Schwindt/Böhm* StVollzG Rdnr. 12 zu § 39, führt aus: »Die Selbstbeschäftigung ist eine freiberufliche Tätigkeit innerhalb oder außerhalb der Anstalt, bei der der Gefangene weder eine nach § 37 Abs. 2 zugewiesene Arbeit verrichtet noch eine ihm nach § 37 Abs. 4 zugeordnete Beschäftigung ausübt noch arbeitstherapeutisch beschäftigt wird oder in einem freien Beschäftigungsverhältnis steht.« Bei *Kühling* in *Schwindt/Böhm* a. a. O. zu § 11 Rdnr. 7, heißt es, daß »ausnahmsweise eine Beschäftigung im eigenen Betrieb in Frage kommen könne, wenn die Beschäftigung in keinerlei Zusammenhang mit der Straftat stehe.«

In *Calliess-Müller/Dietz* StVollzG 3. A. Rdnr. 6 zu § 39 wird – wie die *StVK* in dem angefochtenen Beschluß so argumentiert, daß die Fassung des § 39 Abs. 1 nicht zu der Annahme zwingt, § 39 Abs. 2 sei ausschließlich auf den Fall der Selbstbeschäftigung innerhalb der Anstalt zu beziehen. Vielmehr schließe Abs. 2 eine Selbstbeschäftigung außerhalb der Anstalt unter den Voraussetzungen des § 11 nicht generell aus. Sie werde allerdings nur in geeigneten Ausnahmefällen in Betracht kommen.

Schließlich wird in der oben bei *Kaiser/Kerner/Schöch* zitierten Entscheidung des *OLG Frankfurt* v. 4. 6. 1980 (NStZ 1981, 159), in dem es allerdings um die Selbstbeschäftigung in einer JVA geht, wörtlich ausgeführt: »Selbstbeschäftigung ist eine freiberufliche Tätigkeit innerhalb oder außerhalb der Anstalt, bei der der Gefangene nicht in einem Beschäftigungsverhältnis i. S. d. § 39 Abs. 1 steht oder in einem Anstaltsbetrieb arbeitet (vgl. *Pecic* in AK StVollzG § 39 Rdnr. 11).«

Soweit danach im wesentlichen nur bei *Calliess-Müller/Dietz* (a. a. O.) argumentativ zu der angesprochenen Frage Stellung genommen wird, kann der dort angestellten Überlegung – wegen der »Einschränkung« in Abs. 1 auf eine Arbeit außerhalb der Anstalt käme diese »Einschränkung« bei Abs. 2 nicht in Betracht – aus den oben dargelegten Gründen sowohl im Hinblick auf den Text als auch den Zweck der Vorschrift nicht gefolgt werden.

Danach war der angefochtene Beschluß aufzuheben und der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen die Anstaltsleitungsverfügung als unbegründet zu verwerfen.

Mitgeteilt von RiOLG *Konrad Tannreuther*, Hamm.

### Anmerkung

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

1. Der Beschluß verblüfft den unvoreingenommenen Leser. Ein Schuhmacher, derzeit im offenen Vollzug, darf auch tagsüber nicht in seine Werkstätte zurückkehren. Wäre er dort Geselle gewesen, hätte es den Umständen nach keinerlei Schwierigkeiten gegeben; die Anstaltsleitung hätte von der Vorschrift des § 39 Abs. 1 StVollzG Gebrauch gemacht. Bei einem Selbständigen soll dieser Ausweg ausscheiden, er stehe in keinem »Beschäftigungsverhältnis«. Auch § 39 Abs. 2 StVollzG hilft nicht weiter; Selbstbeschäftigung sei nur innerhalb der Anstalt möglich. Die Folge ist eine in unserer Gesellschaft durchaus ungewöhnliche: Wer als Selbständiger einsitzt, hat geringere Chancen, frühzeitig in seinen angestammten Lebenskreis zurückzukehren. Das Gericht beruft sich auf das Gesetz; stehen derlei Absurditäten dort wirklich drin? Gab es keine andere Wahl als nach dem Grundsatz »fiat justitia percat mundus« zu verfahren?

2. Schon vom Äußerlichen her erscheint die Argumentation nicht eben besonders elegant. Zunächst wird ein Rückgriff auf § 39 Abs. 1 StVollzG der Sache nach mit einem einzigen Satz abgelehnt: Er beziehe sich nur auf eine abhängige, nicht auf eine freiberufliche Tätigkeit. Dies überrascht etwas, ist dort doch nicht von »Arbeits-« und »Ausbeziehungsverhältnis«, sondern recht weit und unspezifisch von »Beschäftigungsverhältnis« die Rede. Doch der eigentliche Schwerpunkt liegt auf der Vorschrift des § 39 Abs. 2 StVollzG. Da dieser Absatz anders als der vorhergehende keinen Hinweis auf die §§ 11 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 und 14 StVollzG enthalte, sei bei der »Selbstbeschäftigung« offensichtlich nicht an Freigänger und eine Tätigkeit außerhalb der Anstalt gedacht worden. Dieses auf die Gesetzes-systematik abstellende Argument wird im nächsten Satz als eines aus dem »Gesetzeswortlaut« bezeichnet – nicht eben Ausdruck eines besonders hoch entwickelten methodologischen Reflexionsstandes. Es folgt ein Hinweis auf die Begründung zum Regierungsentwurf, wonach die Selbstbeschäftigung »wegen der Unübersichtbarkeit der Sachlagen« nicht der zugewiesenen Arbeit gleichgestellt sei. Daraus wird dann geschlossen, daß der Gesetzgeber auch keine Gleichstellung des freien Beschäftigungsverhältnisses »mit der (wohl) als Selbstbeschäftigung zu wertenden freiberuflichen Tätigkeit« gewollt habe. Weil A (zugewiesene Arbeit) und B (Selbstbeschäftigung) ungleich sind, müssen auch B (Selbstbeschäftigung) und C (freies Beschäftigungsverhältnis) verschieden sein – eine Logik, die nur dann stimmig wäre, wenn sich A und C in eins setzen