

öfteren einzelne Tage lang dem Unterricht fernbleibt, zwischendurch aber wieder am Unterricht teilnimmt, unterbricht seine Ausbildung ebenso wie derjenige, der einmal ununterbrochen mehrere Tage lang den Unterricht versäumt. [. . .]

Bei Anwendung dieser Grundsätze ist festzustellen, daß der Kläger auch dann seine Ausbildung unterbrochen hätte, wenn der Schulleiter einzelne der Studierenden-Vollversammlungen als Schulveranstaltungen genehmigt hätte und der zur gleichen Zeit vorgesehene Unterricht ausgefallen wäre, selbst wenn zwischen diesen Veranstaltungen weniger als drei Tage gelegen hätten. Da der Kläger den sonstigen während der Zeit des Unterrichtsboykotts in allen Fächern angebotenen Unterrichtsveranstaltungen ferngeblieben ist, hat er sich nicht ganz überwiegend seiner Ausbildung gewidmet, sondern sich in beträchtlichem Umfang während der normalen Unterrichtszeit in unternichtsfremder Weise beschäftigt [. . .].

Der Kläger hat die Ausbildung auch aus einem von ihm zu vertretenden Grund unterbrochen. Er ist vorsätzlich den Unterrichtsveranstaltungen ferngeblieben. Auf einen triftigen Hinderungsgrund kann er sich nicht berufen. Ob er ein Recht zum Unterrichtsboykott hatte, dessen Grundlagen im übrigen nicht ersichtlich sind, ist unerheblich; denn für die wirtschaftlichen Folgen der Ausübung demokratischer Rechte hat der Auszubildende ebenso einzustehen wie der junge Erwerbstätige. (Vgl. Begründung zu § 20 Abs. 2 des Regierungsentwurfs des BAföG, a. a. O.)

[. . .]

Dr. Mané

Frege

Dr. Schauer

Az.: VIII A 1572/75

7 K 2125/73 Düsseldorf

Urteil des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen vom 13. Oktober 1977

In dem Verwaltungsrechtsstreit
der Frau [. . .]
Klägerin, [. . .]
gegen
den Oberstadtdirektor der Stadt Dortmund – Amt für Ausbildungsförderung –,
[. . .]
Beklagten, [. . .]
hat die 2. Kammer des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen aufgrund der mündlichen Verhandlung in der Sitzung
vom 13. Oktober 1977
durch
den Vizepräsidenten des Verwaltungsgerichts *Dr. Wagemann*,
den Richter am Verwaltungsgericht *Schwitzke*,
den Richter am Verwaltungsgericht *Frielinghaus*,
den ehrenamtlichen Richter *Bernhard Gosmann*, und
den ehrenamtlichen Richter *Karl Pieper*
für Recht erkannt:
1. Der Bescheid des Beklagten vom 15. Dezember 1975 und der Widerspruchsbescheid des Landesamtes für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen vom 6. Februar 1976 werden aufgehoben [. . .]

Tatbestand

(Der Tatbestand unterscheidet sich nicht wesentlich von dem des oben abgedruckten Urteils des OVG Münster, d. Red.).

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig und begründet. [. . .] Der Beklagte war nicht berechtigt, die der Klägerin für die Zeit vom 14. November 1975 bis zum 21. November 1975 geleistete Ausbildungsförderung in Höhe von 128,- DM zurückzuverlangen. Es ist keine Rückzahlungspflicht nach § 20 Abs. 2 BAföG entstanden. Die Klägerin hat ihre Ausbildung nicht aus einem von ihr zu vertretenden Grund unterbrochen.

I.

Nach § 20 Abs. 2 BAföG in der hier maßgeblichen Fassung ist der Förderungsbetrag für den Teil eines Kalendermonats zurückzuzahlen, in dem die Auszubildende die Ausbildung aus einem von ihr zu vertretenden Grund *unterbrochen* hat. Dieser Absatz 2 stellt nicht etwa nur einen Berechnungsmaßstab für die nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 normierten Rückzahlungsverpflichtungstatbestände, sondern vielmehr einen selbständigen Rückzahlungsgrund dar.

(Vgl. Amtliche Begründung zu § 20 Abs. 2 des Entwurfs des BAföG, Bundestagsdrucksache VII/1975; Schieckel, BAföG, Anmerkung 1 zu § 20; Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 19. Juli 1973 – 190 VII/72 – Zeitschrift für Sozialrecht – ZfS – 1974 S. 160 Spalte rechts oben.)

Die Klägerin hat trotz Teilnahme am Unterrichtsboykott in der Zeit vom 14. bis 21. November 1975 ihre Ausbildung nicht unterbrochen. Der Begriff der Unterbrechung umfaßt nicht eine vorübergehende Vernachlässigung der Ausbildung, sondern einmal den Fall einer förmlichen Unterbrechung – etwa aufgrund eines etwaigen darauf gerichteten Ersuchens der Förderungsempfängerin – und zum anderen jede tatsächliche von einer Auszubildenden zu vertretende Pausierung trotz bestehender Anwesenheitsverpflichtung, ohne daß es darauf ankommt, ob sich die Ausbildung um die Zeit der Unterbrechung verlängert oder sonstige Folgen für den Studiengang eintreten. Selbst ein solches weites an die *Anwesenheitspflicht* und nicht an etwaige sonstige – hier nicht ersichtliche – Folgen anknüpfendes,

(vgl. Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil vom 17. Oktober 1974 – V C.41.73 –, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1975, 113 – Fürsorgerechtliche Entscheidungen der Verwaltungs- und Sozialgerichte (FEVS) 23, 139; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 19. Juli 1973 – Nr. 190 VII 72 –, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1974, 68; Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG Münster) Urteil vom 23. August 1977 – VIII A 1672/75 – Umdruck S. 7.)

insbesondere von einem *institutionellen Ausbildungsbum* (Ausbildung setzt zumindest auch den Besuch der Ausbildungsstätte voraus)

(– vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 29. Janur 1976 – IV A 15/75 – DÖV 1976, S. 495 ff. mit kritischer Anmerkung von Klückmann DÖV 1976 S. 498 ff. –)

getragenes Verständnis des Begriffs der Unterbrechung im Sinne des § 20 Abs. 2 BAföG kann den Rückforderungsbescheid des Beklagten nicht rechtfertigen. Denn die Klägerin unterlag als Folge fehlender Schul- oder Ausbildungspflicht keinem regelmäßigen Teilnahmezwang an den Lehrveranstaltungen. Denn nur Schulbesuchs- und Ausbildungsverpflichtungen *auf gesetzlicher Grundlage* können die Kollegiaten zum regelmäßigen Besuch der Lehrveranstaltungen verpflichten.

Nur dann kann individuelle oder kollektive Besuchsverweigerung gegen die Pflicht zur Teilnahme verstößen.

91

Die Klägerin unterlag keiner Teilnahmeverpflichtung nach Verfassung oder einfacherem Gesetz.

Im Gegensatz zu Art. 145 Sätze 1 und 2 der Weimarer Reichsverfassung enthält das Grundgesetz keine Bestimmungen über eine Schulbesuchs- oder Kollegbesuchspflicht. Der Beklagte kann eine Anwesenheitsverpflichtung also nicht aus Bundesverfassungsrecht ableiten [...].

Eine Teilnahmeverpflichtung der Klägerin folgt weiterhin nicht aus der vom Oberverwaltungsgericht Münster (vgl. Urteil vom 23. August 1977 a. a. O. Umdruck S. 8) als Ermächtigungsgrundlage mitherangezogenen »Vorläufigen Reifeprüfungsordnung für das Staatliche Institut zur Erlangung der Hochschulreife in Oberhausen« – RPO – vom 10. August 1955 (vgl. Amtsblatt des Kultusministers des Landes Nordrhein-Westfalen – ABIKM S. 125 –,) die gemäß Runderlaß – RE – des Kultusministers des Landes Nordrhein-Westfalen vom 27. Januar 1971 (vgl. Gemeinsames Amtsblatt – GABl. – S. 172) für alle anderen Kollegs als verbindlich erklärt worden ist. Denn der § 4 Abs. 1 RPO, nach dem sich zur Reifeprüfung jene ordentlichen Studierenden der normalen Kurse melden können, die am Unterricht . . . teilgenommen haben, verlangt schon nach seinem Wortlaut keine *ständige* Unterrichtsteilnahme. Ferner können wegen der staatlichen Pflicht, Eingriffe voraussehbar und berechenbar zu gestalten,

– vgl. Beschuß des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 12. November 1958 – 2 BvL 4, 26, 40/56, 1, 7/57 – Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts – BVerfGE 8, 274 (325) unter Bezug auf den Vorlagebeschuß des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. Juli 1956, BVerwGE 4, 24 (38, 35 f.) und Beschuß des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 3. Februar 1959 – 2 BvL 10/56 – BVerfGE 9, 137 (147) –

in einer »Vorläufigen Reifeprüfungsordnung« nur Festlegungen hinsichtlich der Reifeprüfung, nicht jedoch Festlegungen für das Vorfeld getroffen werden, auch wenn die Art und Weise der Ausgestaltung der Prüfungsordnung in tatsächlicher Hinsicht Auswirkungen auf das Verhalten der Studierenden während der Ausbildung haben mag. Schließlich kann die vom OVG Münster – a. a. O. – als Ermächtigungsgrundlage mitherangezogene RPO – auch unabhängig von der Tatsache, daß ihr keine Rechtssatzqualität zukommt – in dem hier zu entscheidenden Fall nicht zur Anwendung gelangen: Im Falle des OVG Münster handelt es sich nämlich um ein *staatliches* Kolleg mit einer den »regelmäßigen und pünktlichen Besuch des Unterrichts« festlegenden *Kollegordnung*, (Institutsordnung), hier jedoch um ein *städtisches* Kolleg *ohne* Kollegordnung im Sinne des § 26 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 und § 4a SchVG.

(im Ergebnis so auch Grupp »Schülerstreik« und Schulbesuchspflicht, DÖV 1974, 661 (670 linke Spalte unter III 4 nach Anm. 114) [...]

Eine etwaige Verpflichtung zur regelmäßigen Teilnahme der Klägerin an den Lehrveranstaltungen des Westfalen-Kollegs würde im übrigen dem *Gesetzesvorbehalt* des Art. 20 Abs. 3 GG unterliegen. Eine solche Verpflichtung besteht aber weder durch Gesetz noch aufgrund eines Gesetzes. Die Geltung des Gesetzesvorbehalts für eine Teilnahmeverpflichtung eines Kollegiaten ergibt sich aus folgendem: Im Anschluß an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschuß des Ersten Senats vom 27. Januar 1976, 1 BvR 2325/73, BVerfGE 41, 251 (259 f.) m. w. N.) ist der freiheitssichernde rechtsstaatliche Grundsatz der *Gesetzmäßigkeit* der Verwaltung wegen der weitreichenden Bedeutung der Schulbildung für das gesamte Gemeinwesen und seine Bürger auch auf das Schulverhältnis zu erstrecken, »zumal gerade hier die üblichen Abgrenzungsmerkmale von Eingriff und Begünsti-

gung unentwirrbar ineinander (übergehen) und das bestehende Regelungsdefizit die Überschaubarkeit der jeweils geltenden Vorschriften sowie den Rechtsschutz der Beteiligten« erschwert.

Auch wenn die öffentliche Verwaltung gerade das Schulwesen bis in die jüngste Zeit in *tatsächlicher Hinsicht* wesentlich durch Verwaltungsbestimmungen gestaltet hat, wurde die Anwesenheitspflicht als Folge der Schulpflicht jedenfalls seit 1919 mit Hilfe *formell-gesetzlicher* Schulbesuchspflichtregelungen festgelegt und damit die Geltung des Gesetzesvorbehalts auch in rechtstatsächlicher Hinsicht bestätigt. Ein solches, die regelmäßige Teilnahme der Klägerin an den Veranstaltungen des *Kollegs* normierendes Gesetz wurde jedoch bis heute nicht erlassen. [. . .]

Eine Teilnahmeverpflichtung ergibt sich auch nicht aufgrund eines auf der gesetzlichen Institutionalisierung des Schulverhältnisses beruhenden sogenannten »*besonderen Gewaltverhältnisses*«. Es mag zwar zutreffen, daß nach einer früher weithin herrschenden Meinung das noch aus der monarchischen Zeit stammende »*besondere Gewaltverhältnis*« als eine eigenständige Beschränkung der Grundrechte angesehen wurde und mithin möglicherweise auch eine Teilnahmeverpflichtung begründen konnte. Gegen die überkommene Auffassung konnte sich die Einsicht erst allmählich durchsetzen, daß das Grundgesetz als eine objektive Wertordnung, die zu verwirklichen die gesamte öffentliche Gewalt verpflichtet ist, eine *ipso iure* eingeschränkte Rechtsposition für bestimmte Personengruppen nicht zuläßt.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Strafvollzugsbeschuß vom 14. März 1972

(z BvR 41/71, BVerfGE 33, 1 (13); hierzu Erichsen, Festschrift Wolff 1973, S. 217 ff.; Erichsen VerwArch Bd. 67 (1976) S. 93 ff.; Frielinghaus »Vorgänge« 6/1972 S. 172 f., Frielinghaus in: Schwind-Blau: Strafvollzug in der Praxis, Berlin 1976 S. 271 ff.; Fuss DÖV 22/1972 S. 765 ff.; Kempf Jus 1972 S. 701 ff. Quedenfeld JZ 1972, S. 431 f.; Rupprecht NJW 1972 S. 1345 f.; Stack JZ 1972 S. 360 ff.)

entschieden, ein »*besonderes Gewaltverhältnis*« sei nicht geeignet, Grundrechtseingriffe ohne gesetzliche Stütze zu rechtfertigen. Lediglich »für eine gewisse Übergangszeit« müßten Grundrechtseingriffe noch solange hingenommen werden, bis der Gesetzgeber Gelegenheit gehabt habe, entsprechend dem heutigen Grundrechtsverhältnis ein Strafvollzugsgesetz »mit fest umrissenen Eingriffstatbeständen« zu erlassen. In dieser Übergangszeit dürfe in zulässiger Weise auch ohne gesetzliche Ermächtigung nur dann in die Grundrechte eingegriffen werden, wenn dies *unerlässlich* sei, um den Strafvollzug »aufrechtzuerhalten und geordnet durchzuführen« (BVerfGE 33, 1 [13]). In der Fortsetzungssentscheidung vom 29. Oktober 1975 (BVerfGE 40, 276 [284]) hat das Bundesverfassungsgericht solche Maßnahmen als »*unerlässlich*« bezeichnet, »ohne die der Strafvollzug als Institution zusammenbrechen würde oder durch die der Zweck des Strafvollzuges ernsthaft gefährdet würde«. Auf die Bedeutung der aus dem Jahre 1972 stammenden Strafvollzugsentscheidung auf das herkömmlich so verstandene »*besondere Gewaltverhältnis*« der Schüler ist schon früh hingewiesen worden;

(vgl. Berkemann, Die »politischen Rechte« des Schülers, in: Recht der Jugend und des Bildungswesens – RdJB – 1974, S. 8; Hesselberger, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Erziehungs-, Sicherungs- und Strafmaßnahmen gegen Schüler, RdJB 1974, S. 17; sowie Sturm, Die Schule im Rechtsstaat, RdJB 1974, S. 1 ff.)

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat in seinem Beschuß vom 27. Januar 1976 (BVerfGE 41, 251 ff. [267]) in dem seinerzeit dort anstehenden Kollegfall die Grundsätze der Strafvollzugsrechtsprechung zum »*besonderen Gewaltverhältnis*« übernommen. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung muß in dem »*besonderen Gewaltverhältnis*« des Kollegs eine Nichtteilnahme an den Lehrveran-

staltungen solange hingenommen werden, als die Teilnahme »im konkreten Fall für die geordnete Weiterführung eines funktionsfähigen Betriebs (nicht) unerlässlich ist« (unter Hinweis auf BVerwGE 40, 276 [283] und OVG Münster JZ 1976, 273). Dieses Unerlässlichkeitserfordernis ist – unterstellt die Übergangsfrist für das Kollegverhältnis sei noch nicht abgelaufen – im vorliegenden Fall nicht erfüllt:

Nach Angaben des Beklagten wird ein Kurs dann nicht anerkannt, wenn die von einem Studierenden zu vertretende Abwesenheit »mehr als 25% der gesamten Kursdauer« – der Unterrichtsboykott hat eine solche Dauer unstreitig nicht gehabt – beträgt. Der Beklagte geht also selbst davon aus, daß im äußersten Fall in der angebotenen Unterrichtszeit Freiräume bis zu 25% stecken, ohne daß es zu einer Beeinträchtigung des Lehrbetriebes und Ausbildungserfolgs kommt [...].

Eine Anwesenheitspflicht ist aber auch aus folgendem Grunde nicht unerlässlich: Der Gesetzgeber des Landes Nordrhein-Westfalen hat durch das Gesetz zur Änderung des Schulverwaltungsgesetzes, des Schulpflichtgesetzes und des Weiterbildungsgesetzes vom 5. Juli 1977 (GV NW S. 284) eine Anwesenheitspflicht für Kollegiaten gesetzlich *nicht* normiert. Damit hat der Gesetzgeber selbst zum Ausdruck gebracht, daß er – obwohl er gerade den § 26 des SchVG novellierte – eine Anwesenheitsverpflichtung für Kollegiaten für entbehrlich hält. Denn wenn der Gesetzgeber in Kenntnis der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Möglichkeit hatte, im Wege eines Gesetzes auch für Kollegiaten eine Anwesenheitsverpflichtung festzulegen, dies bei der Novellierung aber unterließ, muß davon ausgegangen werden, daß er selbst eine ständige Anwesenheitsverpflichtung nicht als unerlässlich für die Aufrechterhaltung des Studienbetriebes ansah. Demnach baut der Gesetzgeber wohl darauf, daß die aus freiem Entschluß in das Kolleg eingetretenen Studierenden aus eigenem Interesse die Lehrveranstaltungen jedenfalls so häufig besuchen, wie dies zur Erreichung des Ausbildungziels erforderlich ist und daß andere Mechanismen (vgl. § 48 BAFöG) eine ausreichende Sicherheit gegen Mißbrauch ermöglichen. Es erscheint dem erkennenden Gericht als unzulässiger Eingriff in die Befugnisse der Legislative, trotz entgegenstehender gesetzgeberischer Entscheidung eine andere Entscheidung an deren Stelle zu setzen.

Auch die neue Lehre von der originären Befugnis der Exekutive zum Erlass spezifischer Sonderverordnungen, für die Annahme einer gewohnheitsrechtlichen Globalermächtigung der Schulverwaltung und ebenso der Rückgriff auf Art. 7 Abs. 1 GG, wonach das gesamte Schulwesen der staatlichen Aufsicht untersteht, können eine Anwesenheitspflicht der Klägerin nicht begründen. Denn wo die Verfassung eine gesetzliche Grundlage verlangt, bleibt unter keinem der genannten Gründe Raum für eine gesetzesfreie Gestaltung des Kollegverhältnisses durch die Exekutive ohne Beteiligung des Parlaments. Gewohnheitsrecht könnte zwar gemäß Art. 123 Abs. 1 GG geeignet sein, insoweit an die Stelle einzelner verfassungsrechtlich gebotener gesetzlicher Regelungen zu treten, wenn sich vor Inkrafttreten des Grundgesetzes entsprechende Rechtssätze inhaltlicher Art durchgesetzt hatten (vgl. BVerfGE 34, 293 [303 f.]). Für die hier zur Entscheidung anstehende Frage der Anwesenheitspflicht an Kollegs fehlen indessen Anhaltspunkte dafür, daß sich durch längere, ständige und gleichmäßige Übung ein von allgemeiner Rechtsüberzeugung getragenes vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht mit hinreichend deutlichem Inhalt herausgebildet hätte und jetzt noch als verbindlich anerkannt werden könnte (vgl. BVerfGE 41, 251 [263]). Dies gilt im vorstehenden Fall um so mehr, als er sich bei dem Kolleg der heutigen Form erst um eine Einrichtung der Nachkriegszeit handelt.

Aufgrund des Gesetzesvorbehalts ist die Exekutive auch nicht befugt, aus der angeblichen »Zustimmung der Betroffenen« – d. h. einem Verzicht auf Grund-

rechtsausübung – die fehlende gesetzliche Ermächtigung zu ersetzen. Denn weder der Bürger noch die Verwaltung sind befugt, das zwischen ihnen festgelegte oder das zwischen Legislative und Exekutive bestehende Verhältnis zu verändern (so auch Grupp, DÖV 1974, S. 661 [668]) [...].

IV.

Nach alledem war der Bescheid des Beklagten vom 15. Dezember 1975 und der Widerspruchsbescheid des Landesamtes für Ausbildungsförderung vom 6. Februar 1976 aufzuheben.

Der Einwand des Beklagten, es könne doch nicht rechtens sein, daß Streiks im Arbeitsleben von den Streikenden selbst finanziert werden müßten, während Studierende, deren Studienkosten vom Staat getragen würden, auch noch mit staatlicher Alimentation streiken dürften, geht fehl: Während der im Arbeitsleben Stehende seiner Anwesenheitsverpflichtung aus dem Arbeitsvertrag im Streikfall nicht nachkommt, besteht für den Studierenden an einem Kolleg – wie oben dargestellt – eine entsprechende Anwesenheitsverpflichtung gerade nicht [...].

Dr. Wagemann

Az.: 2 K 591/76

Schwitzke

Frielinghaus

Anmerkung zu den beiden vorstehend abgedruckten Urteilen

I. Die o. a. Urteile zur Kürzung von Ausbildungsförderung wegen Teilnahme an Ausbildungsstreiks werfen einige wichtige verwaltungsrechtliche Probleme auf, die insbesondere durch das Ineinandergreifen von sozialrechtlicher Leistungsverwaltung und (schul-)rechtlichen Ordnungsmitteln bestimmt sind.

Das Urteil des OVG läßt exemplarisch erkennen, daß die Verweigerung von staatlichen Sozialleistungen ähnliche Disziplinierungsfunktionen erfüllen kann wie die traditionellen Eingriffsformen des – ehemals –? »besonderen Gewaltverhältnisses«. Eine – angenommene – Anwesenheitspflicht für Studierende an Ausbildungseinrichtungen des Zweiten Bildungsweges wird hier nicht durch Schulstrafen, sondern durch den Entzug von existenzsichernden Sozialleistungen sanktioniert. Daß es sich dabei um eine höchst eigenständige justizielle Strategie und nicht nur um eine »blinde« Vollziehung des Gesetzes handelt, belegt nicht nur die Argumentation des OVG selbst, sondern auch das im Ergebnis wie in der Begründung dazu in Widerspruch stehende Urteil des VG Gelsenkirchen: Das OVG Münster geht über alle aus dem Arsenal des allgemeinen Verwaltungsrechts verfügbaren Instrumente zur Formalisierung des Entzugs staatlicher Sozialleistungen hinweg mit der Folge, daß noch weit über die Grenze der – eine gewisse Nachhaltigkeit voraussetzenden – »Vernachlässigung« hinaus auch mithilfe eines entformalisierten Verständnisses des Begriffs der »Unterbrechung« das Zeitbudget der Studierenden/Schüler einer minutiösen Kontrolle unterworfen werden kann. Wie oft, wie lange, zu welchem Zweck jemand einer Veranstaltung fernbleibt, ist potentiell überprüfbar – konsequent wären entsprechende Meldepflichten der Betroffenen und Überwachungsrechte des Ausbildungsamtes! Das OVG übergeht sowohl die Frage nach der gesetzlichen Grundlage der von ihm angenommenen Anwesenheitspflicht (III), als