



## **Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen**

**OVG: 1 B 165/17**

(VG: 1 V 1572/17)

### **Beschluss**

**In der Verwaltungsrechtssache**

Antragsteller und Beschwerdegegner,

Prozessbevollmächtigter:

**g e g e n**

die Stadtgemeinde Bremen, vertreten durch die Senatorin für Kinder und Bildung, Rembertiring 8 - 12, 28195 Bremen,

Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigte:

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 1. Senat - durch die Richter Prof. Alexy, Traub und Dr. Harich am 18. August 2017 beschlossen:

**Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Bremen – 1. Kammer – vom 27. Juli 2017 mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung aufgehoben.**

**Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt.**

**Die Kosten des Verfahrens hat der Antragsteller zu tragen.**

**Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren ebenfalls auf 5.000,00 Euro festgesetzt.**

### Gründe

#### I.

Die Antragsgegnerin wendet sich mit ihrer Beschwerde gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichts, mit dem sie verpflichtet worden ist, den Antragsteller für das bereits begonnene Schuljahr 2017/18 in die 5. Jahrgangsstufe der Gesamtschule West aufzunehmen. Das Verwaltungsgericht hat in seinem von der Antragsgegnerin angegriffenen Beschluss angenommen, im Aufnahmeverfahren für die Gesamtschule West sei ein Kind zu Unrecht als Härtefall anerkannt worden. Aus diesem Grund hat es fünf Anträgen auf Erlass einstweiliger Anordnungen, mit denen eine vorläufige Aufnahme in diese Schule begehrt wurde, stattgegeben. Die Antragsgegnerin hat in allen fünf Verfahren Beschwerde eingelegt.

#### II.

Die Beschwerde der Antragsgegnerin, bei deren Prüfung das Oberverwaltungsgericht auf die dargelegten Gründe beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), hat Erfolg. Zwar hat das Verwaltungsgericht zutreffend angenommen, dass im Aufnahmeverfahren für die 5. Jahrgangsstufe der Gesamtschule West zu Unrecht ein Härtefall anerkannt worden ist (1.). Dieser Verfahrensfehler kann aber nicht dadurch im gerichtlichen Verfahren ausgeglichen werden, dass die Schule nunmehr fünf Kinder zusätzlich aufnehmen muss, wie es das Verwaltungsgericht angenommen hat (2.). Der Antragsteller hat einen Anordnungsanspruch auf Aufnahme nicht glaubhaft machen können. Die Beschwerde ist deshalb auch nicht aus anderen Gründen zurückzuweisen (3.).

#### 1.

Zutreffend ist das Verwaltungsgericht davon ausgegangen, dass die Vorabaufnahme des Kindes mit der ID 52134 als Härtefall (Härtefallantrag Nr. 15) fehlerhaft erfolgte. Nach § 6a Abs. 2 Satz 1 Bremisches Schulverwaltungsgesetz (BremSchVwG) in der Fassung von Artikel 1 Nr. 2 Buchstabe a) Doppelbuchstabe bb) des Gesetzes zur Änderung des Bremischen Schulverwaltungsgesetzes vom 24.03.2015 (Brem.GBl. S. 112) werden vorab bis zu 10 vom Hundert der zur Verfügung stehenden Plätze an Schülerinnen und Schüler vergeben, für die die Versagung eine besondere Härte bedeuten würde (Härtefälle), insbesondere bei denen ein Geschwisterkind bereits dieselbe allgemeinbildende Schule der Sekundarstufe I besucht und eine Versagung der Aufnahme zu familiären Problemen führen würde. Diese Voraussetzungen sind im Fall des Härtefallantrages Nr. 15 nicht dargelegt. Die in ihm enthaltenen Informationen sind nicht ausreichend, um das Entstehen familiärer Probleme annehmen zu können. Soweit die Antragsgegnerin meint, allein der Umstand, dass im Falle der Nichtaufnahme des Kindes alle drei Kinder unterschiedliche Schulen besuchen würden, reiche für die Annahme einer besonderen Härte aus, überzeugt dies nicht. Die gesetzliche Regelung stellt nach wie vor auf die Umstände des Einzelfalls ab. Erheblich ist insoweit insbesondere, ob die Eltern berufstätig sind oder wie sich ansonsten die Erziehungs- und Betreuungssituation darstellt. Dies ist von den Eltern, die eine bevorrechtigte Aufnahme ihres Kindes verlangen, im Einzelnen darzulegen und ist hier nicht erfolgt (vgl. im Einzelnen Beschluss vom heutigen Tage in dem Beschwerdeverfahren 1 B 160/17).

#### 2.

Der im Aufnahmeverfahren geschehene Verfahrensfehler kann entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts nicht dadurch ausgeglichen werden, dass alle fünf Kinder, die Anträge auf Erlass einstweiliger Anordnungen gestellt haben, aufgenommen werden.

Im Ausgangspunkt erschiene es denkbar, die fehlerhaft erfolgte Vergabe eines Schulplatzes dadurch auszugleichen, dass die Schule dasjenige Kind zusätzlich aufzunehmen hat, das auf Platz 1 der Warteliste steht. Das Oberverwaltungsgericht hat hierzu in seiner ständigen Rechtsprechung entschieden, dass dies aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) kein gangbarer Weg ist. Zusätzliche Plätze, die als Ausgleich für rechtswidrig belegte Plätze bereitgestellt werden müssen, sind an diejenigen Bewerber zu vergeben, die die Abweisung nicht hingenommen haben. Könnten ihrem Anspruch Berechtigungen anderer Bewerber, die sich mit der Abweisung abgefunden haben, mit Rücksicht auf eine wie immer bestimmte Rangfolge entgegengehalten werden, ließe sich ein wirksamer Rechtsschutz nicht mehr gewährleisten (OVG Bremen, Beschl. v. 25.09.1990 – 1 B 52/90, SPE 133 Nr. 1; vgl. hierzu zuletzt OVG Bremen, Beschl. v. 11.08.2016 – 1 B 184/16). Hieran hält der Senat fest.

Aus der genannten Rechtsprechung folgt aber nicht, dass – jedenfalls bis zur Grenze der Funktionsfähigkeit – alle verbliebenen Antragstellerinnen und Antragsteller in die Schule aufgenommen werden müssten, wenn der Schulplatzauslosung auch nur ein Platz zu Unrecht entzogen worden ist. Dies würde eine Überkompensation darstellen, die Art. 19 Abs. 4 GG nicht verlangt.

Es bestehen verschiedene Möglichkeiten, wie unter den fünf verbliebenen Antragstellern eine Auswahl getroffen werden kann. Eine Möglichkeit wäre, unter diesen Antragstellern eine Verlosung anzuordnen. Die Antragsgegnerin vertritt demgegenüber die Ansicht, aufzunehmen sei das Kind unter den Antragstellern, das auf der Warteliste am weitesten oben steht. Dies entspricht ihrem Vorgehen für den Fall, dass bereits im Widerspruchsverfahren zusätzliche Plätze als Ausgleich für Verfahrensfehler bereitgestellt werden. Von der Rechtsprechung ist ein solches Vorgehen gebilligt worden (OVG Bremen, Beschl. v. 23.04.2015 – 1 PA 253/14). Dies ist auf das gerichtliche Verfahren übertragbar.

Eine gerichtlich angeordnete Verlosung des zusätzlichen Schulplatzes unter den Antragstellern ist nicht veranlasst. Im Verwaltungsverfahren hat auf der Grundlage des § 6a BremSchVwG i. V. m. § 10 Verordnung über die Aufnahme von Schülerinnen und Schülern in öffentliche allgemeinbildende Schulen (AufnahmeVO) eine Verlosung aller verfügbarer Schulplätze stattgefunden, die zu einer festgelegten Warteliste geführt hat. Die Effektivität des Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG ist dadurch hinreichend sichergestellt, dass nunmehr zusätzlich das Kind aufgenommen wird, das die Ablehnung der Aufnahme nicht hat bestandskräftig werden lassen und unter den verbliebenen Antragstellern über den besten Wartelistenplatz verfügte. Dies ist hier die Antragstellerin in dem Beschwerdeverfahren 1 B 160/17.

### **3.**

Die Beschwerde der Antragsgegnerin ist auch nicht deshalb zurückzuweisen, weil dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung aus anderen Gründen stattzugeben ist. Der Antragsteller hat einen Anordnungsanspruch, gerichtet auf die Aufnahme in die 5. Jahrgangsstufe der Gesamtschule West, nicht glaubhaft machen können.

### **a.**

Soweit der Antragsteller geltend macht, die Regelklassengröße sei zu Unrecht wegen der sozialen Zusammensetzung der Schülerschaft reduziert worden, ist dem nicht zu folgen. Der Antragsteller macht allein geltend, das Verfahren sei insoweit nicht nachvollziehbar. Nach § 18 Abs. 1 Satz 2 AufnahmeVO setzt die Senatorin für Kinder und Bildung die Klassengröße in der Stadtgemeinde Bremen für die jeweilige Schule gesondert fest, wenn die soziale Zusammensetzung der Schülerschaft die Ausschöpfung der Regelgröße nicht zulässt. Dies ist hier geschehen, wobei die Antragsgegnerin auf die veröffentlichten Sozialindizes der Schulen der Sekundarstufe I Bezug nimmt. Ein solches Vorgehen ist von den bremischen Verwaltungsgerichten in ständiger Rechtsprechung für zulässig

erklärt worden (vgl. für die GSW nur OVG Bremen, Beschl. v. 23.09.2011 – 2 B 182/11; OVG Bremen, Beschl. 29.04.2015 – 1 PA 252/14). Die Antragsgegnerin hat dies in ihrer Antragserwiderung vom 26.06.2017 noch einmal näher erläutert, woraufhin der Antragsteller hierauf nicht mehr zurückgekommen ist.

**b.**

Soweit der Antragsteller rügt, jedenfalls im Vergleich mit den anerkannten Härtefällen hätte er selber auch als Härtefall anerkannt werden müssen, überzeugt dies nicht.

Der Vater des Antragstellers hat mit Schreiben vom 03.02.2017 einen Härtefallantrag mit der Begründung gestellt, der Antragsteller leide unter Asthma bronchiale und die Gesamtschule West sei hierfür am besten geeignet. Dem Antrag war ein Attest einer Ärztin für Kinder- und Jugendmedizin beigelegt, das Vorsichtsmaßnahmen und Behandlungsmöglichkeiten für Kinder beschreibt, die an sog. Anstrengungsasthma leiden.

Nach § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 AufnahmeVO liegt ein Härtefall vor, wenn für eine vorhandene Behinderung in der Schule die notwendigen baulichen Ausstattungen oder räumlichen Voraussetzungen vorhanden sind und diese an keiner in vertretbarer Nähe gelegenen anderen Schule bestehen.

Aus der von der Antragsgegnerin vorgelegten Dokumentation über das Aufnahmeverfahren ergibt sich, dass von den sechs insgesamt anerkannten Härtefällen vier solche Kinder betrafen, die an bestimmten Formen allergischen Asthmas leiden. Hintergrund ist, dass die Gesamtschule West Ende der 90er Jahre nach ökologischen Gesichtspunkten neu errichtet wurde und – anders als andere Schulen – über schadstoff- und reizarme Gebäude verfügt. Dies ist zwischen den Beteiligten nicht streitig und liegt letztlich auch dem Härtefallantrag des Antragstellers zugrunde. Vor diesem Hintergrund hat das Oberverwaltungsgericht in der Vergangenheit festgestellt, dass die Gesamtschule West zu Recht ein Kind als Härtefall vorab aufgenommen hat, das unter Asthma Bronchiale leidet, auf eine Dauermedikation angewiesen ist und bei dem es gleichwohl zu schweren allergischen Reaktionen mit Luftnot bis zum allergischen Schock kommen kann (Beschl. v. 09.08.2013 – 1 B 167/13). Dem Härtefallantrag des Antragstellers lässt sich demgegenüber nicht entnehmen, dass die Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 AufnahmeVO erfüllt sind. Das Attest vom 25.01.2017 erschöpft sich letztlich in einem Merkblatt über Vorsichtsmaßnahmen und Behandlungsmöglichkeiten bei Belastungsasthma. Zur Notwendigkeit einer besonderen baulichen Ausstattung verhält es sich nicht.

**4.**

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2, 52 Abs. 1 GKG.

gez. Prof. Alexy

gez. Traub

gez. Dr. Harich