



## Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

**OVG: 2 B 152/09**

(VG: 1 V 189/09)

Ba

### **Beschluss In der Verwaltungsrechtssache**

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 2. Senat - durch Richterin Meyer, Richter Dr. Grundmann und Richter Dr. Bauer am 05.05.2009 beschlossen:

**Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Bremen – 1. Kammer – vom 03.04.2009 geändert.**

**Es wird festgestellt, dass der Widerspruch des Antragstellers gegen den Bescheid der Alexander von Humboldt Schule – Gymnasium - vom 28.01.2009 aufschiebende Wirkung hat.**

**Im Übrigen wird der Antrag des Antragstellers abgelehnt.**

**Die weitergehende Beschwerde der Antragsgegnerin wird zurückgewiesen.**

**Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragsgegnerin.**

**Der Streitwert wird auch für die zweite Instanz auf 5.000,- € festgesetzt.**

### **Gründe:**

**I.**

Der Antragsteller ist Schüler und streitet um die Möglichkeit, weiterhin die Gymnasiale Oberstufe zu besuchen.

Die Schule teilte dem Antragsteller mit Schreiben vom 28.01.2009 mit, dass er die Schule verlassen müsse und forderte ihn auf, sich abzumelden. Er könne zur Abiturprüfung nicht mehr innerhalb der für die Oberstufe geltenden vierjährigen Höchstverweildauer zugelassen werden, weil er bereits den elften Jahrgang wiederholt habe und seine Leistungen im Jahrgang 12/1 in Englisch und Spanisch mit 0 Punkten bewertet worden seien, also nicht angerechnet werden könnten. Deshalb könne er die erforderlichen Kurse in diesen Fächern nicht mehr fristgerecht absolvieren.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts wird auf den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 03.04.2009 Bezug genommen.

Der Antragsteller hat beantragt,

die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, den Antragsteller – längstens bis zu einer bestandskräftigen Entscheidung in einem noch anhängig zu machenden Hauptsachverfahren vorläufig im Schuljahr 2008/09 am Unterricht der gymnasialen Oberstufe 12/2 und im kommenden Schuljahr 2009/10 am Unterricht der gymnasialen Oberstufe

...

13/1 bzw. 13/2 des Gymnasiums Alexander von Humboldt Schule teilnehmen zu lassen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Antrag abzuweisen.

Das Verwaltungsgericht hat die Antragsgegnerin mit Beschluss vom 03.04.2009 antragsgemäß verpflichtet, den Antragsteller vorläufig weiter am Schulunterricht teilnehmen zu lassen.

Dagegen hat die Antragsgegnerin am 17.04.2009 Beschwerde erhoben.

Dazu hat sie ein ergänztes auf den 31.01.2009 datiertes Abgangszeugnis für den Antragsteller vorgelegt. Die Benotung in Englisch und Spanisch mit 0 Punkten begründe sich in der außerordentlich hohen Zahl unentschuldigter Fehlzeiten (23 %). In diesem schweren Fall sei davon auszugehen, dass der Schüler den Anforderungen nicht genüge (§ 5 Abs. 4 Zeugnisordnung v. 04.11.2004).

Jedenfalls seien die Leistungen des Antragstellers nicht beurteilbar. Insofern müssten auch unentschuldigte Fehlzeiten berücksichtigt werden, wodurch sich die Fehlzeiten des Antragstellers in Englisch auf 39 % und in Spanisch auf 34 % summierten. Seine Anwesenheitszeiten erlaubten keine objektive Beurteilung, weil davon auszugehen sei, dass er sich dem Vergleich mit anderen Schülern besonders an leistungsschwachen Tagen entzogen habe.

## II.

Die zulässige Beschwerde bleibt erfolglos.

Das Verwaltungsgericht hat dem Begehren des Antragstellers auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes im aus dem Tenor ersichtlichen Umfang zu Recht entsprochen. Insofern geben die mit der Beschwerde vorgetragene Gründe, auf deren Prüfung der Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 6 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) beschränkt ist, keine Veranlassung der Beschwerde stattzugeben.

Indes ist vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO zu gewähren. Diese Vorschrift ist entsprechend anwendbar, wenn die Verwaltung dem Rechtsbehelf gegen einen Verwaltungsakt irrtümlich die aufschiebende Wirkung abspricht (BVerwG, B.v. 17.12.1965, Buchholz 232 § 44 BBG Nr. 8; Kopp, Schenke, VwGO, 15. Aufl., § 80 Rn. 181; Eyermann, Schmidt, VwGO, 12. Aufl., § 80 Rn. 109).

Der Antragsteller hat gegen das mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehene Schreiben der Alexander von Humboldt Schule vom 28.01.2009 fristgerecht Widerspruch erhoben, dessen aufschiebende Wirkung die Antragsgegnerin allerdings in Abrede stellt.

Bei diesem Schreiben handelt es sich jedoch um einen Verwaltungsakt. Nach der gesetzlichen Definition des § 35 Satz 1 des Bremischen Verwaltungsverfahrensgesetzes (BremVwVfG) ist ein Verwaltungsakt jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Entscheidend für das hier allein zweifelhaftes Merkmal der "Regelung" ist, ob die Behörde eine potentiell verbindliche Rechtsfolge gesetzt hat, d.h. ob durch sie Rechte begründet, geändert, aufgehoben oder verbindlich festgestellt werden. Eine derart potentiell verbindliche Regelung kann auch dann anzunehmen sein, wenn eine generelle und abstrakte Regelung des Gesetzes für den Einzelfall mit Bindungswirkung als bestehend oder nicht bestehend festgestellt, konkretisiert oder individualisiert wird (vgl. BVerwG, U.v. 29.04.1988, BVerwGE 79, 291, juris Rn. 7 m.w.N.). Das Verwaltungsgericht hat zutreffend dargelegt, dass das Schreiben der Schule für den Antragsteller nicht lediglich deklaratorische Bedeutung hatte, sondern für seinen Bildungsanspruch eine Regelung enthielt und sich deshalb als Verwaltungsakt darstellt.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung ist zwar mehrfach entschieden worden, dass die Aufforderung eines wiederholt nicht versetzten Schülers, die Schule zu verlassen, keine Regelung enthalte, weil die Pflicht zum Verlassen der Schule unmittelbar Kraft Gesetzes eintrete (OVG Rheinland-Pfalz, B. v. 19.01.1983, 2 B 4/83, juris; Bayerischer VGH, B.v. 20.12.1985, NVwZ 1986, 398; a.A. VGH Baden-Württemberg, B.v. 13.06.1985, NVwZ 1985, 593). Auch eine entsprechende Aufforderung nach Überschreiten der Höchstverweildauer in der Oberstufe ist so beurteilt worden (OVG Schleswig-Holstein, B.v. 29.01.2005, 3 MB 71/04, juris).

Der Fall des Antragstellers jedoch unterscheidet sich von diesen Konstellationen in einem wesentlichen Punkt. Der Antragsteller hat insbesondere nicht etwa die Höchstverweildauer in der Gymnasialen Oberstufe überschritten. Nach § 3 Satz 3 der Verordnung über die Gymnasiale Oberstufe vom 01.08.2005, BremGBl S. 332, zuletzt geändert durch VO vom 03.11.2008, BremGBl S. 360 (GyO-VO) muss die Gymnasiale Oberstufe verlassen, wer innerhalb von vier Jahren nicht zur Abiturprüfung zugelassen wird. Die Antragsgegnerin beruft sich demgegenüber auf § 44 Abs. 1 des Bremischen Schulgesetzes in der Fassung des Gesetzes vom 28.06.2005, BremGBl S. 260, ber. S. 388, 398, zuletzt geändert durch G. v. 10.06.2008, BremGBl S. 151 (BremSchulG), nach dem in der Regel davon auszugehen ist, dass eine Schülerin oder ein Schüler innerhalb der besuchten Schulart nicht ihren oder seinen Fähigkeiten entsprechend gefördert werden kann, wenn sie oder er wegen Nichterfüllung der Prüfungsvoraussetzungen innerhalb der Höchstverweildauer nicht zur Abiturprüfung zugelassen werden kann. Zutreffend sieht die Antragsgegnerin in dieser Vorschrift eine Regelung, die Schüler davon abhalten soll, die Oberstufe bis zur Höchstverweildauer zu besuchen, obwohl bereits vorher absehbar ist, dass sie das Abitur nicht mehr erreichen können; denn in der Qualifikationsphase von Bildungsgängen der Sekundarstufe II, die zur allgemeinen Hochschulreife führen, besteht sonst keine Schranke, weil nach § 3 der Verordnung über die Versetzung von Schülerinnen und Schülern an öffentlichen Schulen vom 14.07.1997, BremGBl S. 254, ber. S. 321, und 2001, S. 204, zuletzt geändert durch VO vom 15.06.2008, BremGBl S. 153 (Versetzo) jeder Schüler und jede Schülerin mit Beginn des neuen Schuljahres ohne Versetzungsentscheidung in die nächsthöhere Jahrgangsstufe vorrückt. Deshalb ist § 10 Abs. 1 Satz 1 VersetzO nicht anwendbar, nach dem ein Schüler oder eine Schülerin den Bildungsgang verlassen muss, wenn er oder sie in ihm zweimal in derselben Jahrgangsstufe oder in zwei auf einander folgenden Jahrgangsstufen nicht versetzt wurde. Im Unterschied zu § 10 VersetzO oder § 3 GyO-VO ergeht die Entscheidung nach § 44 Abs. 1 BremSchulG nicht allein aufgrund der Feststellung, dass ein Schüler innerhalb des relevanten Zeitraums zweimal nicht versetzt wurde oder die Höchstverweildauer ausgeschöpft hat, sondern erfordert eine Prognoseentscheidung. Das Gesetz enthält im Unterschied zu den genannten Verordnungen keine unmittelbare Pflicht zum Verlassen des Bildungsgangs, sondern legt nur fest, dass in der Regel davon auszugehen ist, dass der Schüler nicht seinen Fähigkeiten entsprechend gefördert werden kann. Diese abstrakte Regelung des Gesetzes bedarf zu ihrer Anwendung auf den Einzelfall der Konkretisierung durch die Verwaltung. Sie muss entscheiden, ob die gesetzliche Regelvermutung zutrifft. Diese Entscheidung hat nicht lediglich deklaratorische Wirkung, sondern beinhaltet eine Regelung und ist damit ein Verwaltungsakt. Der Widerspruch des Antragstellers gegen den Bescheid vom 28.01.2009, dem keine sofortige Vollziehbarkeit zukommt, hat deshalb gem. § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufschiebende Wirkung.

Da die Antragsgegnerin dem Widerspruch keine aufschiebende Wirkung zumisst, stellt der Senat fest, dass dem Widerspruch des Antragstellers aufschiebende Wirkung zukommt. Dabei legt der Senat das Rechtsschutzbegehren bei verständiger Würdigung in diesem Sinne aus, denn der formulierte Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist nach § 123 Abs. 5 VwGO unstatthaft.

Im Hinblick auf die Möglichkeit der Antragsgegnerin, nachträglich die sofortige Vollziehung anzuordnen, ist zu den im Verfahren ausgetauschten Standpunkten auf folgendes hinzuweisen:

Das dem Antragsteller mit Datum vom 31.01.2009 ausgestellte Zeugnis begründet die Bewertung seiner Leistungen in Englisch und Spanisch unter Berufung auf § 5 Abs. 4 der Verordnung für Zeugnisse und Lernentwicklungsberichte und über die Abschlüsse an öffentlichen Schulen vom 14.07.1997, BremGBl S. 247, ber. S. 321, zuletzt geändert durch Verordnung vom 15.06.2008, BremGBl S. 153 (ZeugnisO) mit dessen unentschuldigten Fehlzeiten. Danach ist, wenn ein Schüler oder eine Schülerin aus Gründen, die er oder sie zu vertreten hat, nicht regelmäßig am Unterricht teilnimmt oder er oder sie sich auf andere Weise der Leistungskontrolle entzieht, in schweren Fällen davon auszugehen, dass er oder sie den Anforderungen nicht genügt. Insofern spricht einiges für den Standpunkt des Verwaltungsgerichts, dass Fehlzeiten im Umfang von 10 Stunden, entsprechend 20 % der in einem Fach abgehaltenen Unterrichtsstunden, bzw. 12 Stunden, entsprechend 23 %, nicht ohne

weiteres einen schweren Fall im Sinne dieser Vorschrift belegen. Aus der in § 44 Abs. 3 BremSchulG definierten Grenze von 21 unentschuldigtem versäumten Unterrichtsstunden innerhalb eines Schulhalbjahres lässt sich für den Standpunkt der Antragsgegnerin schwerlich etwas herleiten. Diese Norm legt die Voraussetzungen fest, unter denen Fehlzeiten nicht schulpflichtiger Schülerinnen und Schüler auf Antrag der Schulleiterin oder des Schulleiters zu einer Entscheidung der Fachaufsicht über ihre Entlassung führen. Entscheidungen nach § 5 Abs. 4 ZeugnisO werden dagegen von der Zeugniskonferenz getroffen, beziehen sich nur auf das jeweilige Fach und potentiell auch auf schulpflichtige Schüler. Aus dem Überschreiten der Grenze, oberhalb derer eine Entscheidung nach § 44 Abs. 3 BremSchulG möglich ist, kann nicht abgeleitet werden, dass die Entscheidung nach § 5 Abs. 4 ZeugnisO zu Lasten des Schülers zu treffen ist. Diese Vorschrift dient ersichtlich nicht der Sanktionierung eines Fehlverhaltens des Schülers, sondern regelt die Bewertung seiner Leistungen. Es erscheint fraglich, ob § 5 Abs. 4 ZeugnisO so ausgelegt werden kann, dass aus unentschuldigten Fehlzeiten in einem Umfang, wie er dem Antragsteller vorgehalten wird, in jedem Fall abzuleiten ist, dass ein Schüler den Anforderungen nicht genügt. Die Vorschrift legt für die Definition eines schweren Falles der Nichtteilnahme am Unterricht direkt keine Kriterien fest. Der parallel geregelte Fall, dass ein Schüler sich auf andere Weise der Leistungskontrolle entzieht, spricht jedoch ebenso wie die Anordnung der Vorschrift in § 5 ZeugnisO, der die Benotung der Leistungen im Zeugnis regelt, dafür, dass die Norm insgesamt Fälle erfassen soll, in denen eine objektive Leistungskontrolle aus von dem Schüler zu vertretenden Gründen nicht möglich ist. Wenn ein Schüler mit nur vereinzelt, auffallend guten Leistungen sich danach durch unentschuldigtes Fehlen dem weiteren Vergleich entzieht, mögen Fehlzeiten, wie sie dem Antragsteller vorgehalten werden, die Leistungsbewertung unmöglich machen. Ein Schüler mit bekanntermaßen konstanten Ergebnissen kann jedoch auch bei 10 bzw. 12 unentschuldigten Fehlstunden noch zu bewerten sein. Vor diesem Hintergrund spricht vieles für die Forderung des Verwaltungsgerichts nach Berücksichtigung der vom Antragsteller erbrachten Leistungen in der nach § 5 Abs. 4 Satz 2 ZeugnisO obligatorischen Begründung. Der Antragsteller hat in beiden Fächern zwei Arbeiten geschrieben und in nicht zu vernachlässigendem Umfang am Unterricht teilgenommen. Die Begründung in seinem Zeugnis lässt nicht erkennen, warum die unentschuldigten Fehlzeiten des Antragstellers so gravierend sind, dass er trotz der erbrachten Leistungen nicht objektiv bewertet werden kann.

Soweit die Antragsgegnerin sich auf § 5 Abs. 5 in Verbindung mit § 6 Abs. 5 ZeugnisO beruft, ist festzuhalten, dass das Zeugnis des Antragstellers seine Leistungen nicht als nicht beurteilbar ausweist. Darum besteht formell kein Anlass zu entscheiden, ob ein solcher Eintrag gerechtfertigt wäre. Zu den entsprechenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts ist indes anzumerken, dass bei der Frage, ob entschuldigte Fehlzeiten eines Schülers dazu führen, dass seine Leistungen nicht beurteilt werden können, in jedem Fall zu berücksichtigen sein dürfte, ob er daneben auch unentschuldigte Fehlzeiten hatte. Entschuldigte Fehlzeiten haben offensichtlich stärkere Auswirkungen auf die Datenbasis für die Beurteilung, wenn diese daneben durch unentschuldigte Fehlzeiten geschmälert wird.

Im Übrigen ist der Antrag abzulehnen, weil er unstatthaft ist und inhaltlich eine Festlegung bis zum Ende der Oberstufe fordert. Der Antragsteller hat jedoch nur Anspruch auf Feststellung der zeitlich unbestimmten aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs.

Entsprechendes gilt für die Beschwerde, die auf die vollständige Aufhebung der vom Verwaltungsgericht ausgesprochenen Verpflichtung und Wiederherstellung der Pflicht des Antragstellers, die Schule zu verlassen, abzielt.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO. Dem Antragsteller geht es im Kern darum, die Schule vorläufig weiter besuchen zu dürfen. Insofern ist sein Begehren erfolgreich. Daneben fällt sein Unterliegen bezüglich einer längerfristigen Festlegung nicht ins Gewicht.

Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus §§ 53 Abs. 3 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG.

gez. Meyer

gez. Dr. Grundmann

gez. Dr. Bauer