

**BÖR-REPORT Aktuell**

# Die Einordnung von Anlagen zur Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbegehrenden in das System des öffentlich-rechtlichen Nachbarschutzes

von Dr. Thomas Fraatz-Rosenfeld, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Hamburg

I. Durch die „Flüchtlingskrise“ hat (wieder) die Frage Aktualität gewonnen, unter welchen baurechtlichen Voraussetzungen Anlagen für Flüchtlinge und Asylbegehrende zulässig sind; zunehmend stellen sich Fragen des Nachbarschutzes<sup>1</sup>.

II. Entsprechend der bundesrepublikanischen Nachbarschutzsystematik kommen Ansprüche von Nachbar-eigentümern oder Inhabern vergleichbarer dinglicher Grundstücksrechte – abgesehen einmal von dem kaum vorkommenden Fall nachbarschützensder Festsetzungen in einem Bebauungsplan – in Betracht aus dem sogenannten Gebietserhaltungsanspruch, dem Abwehranspruch bei Gebietsunverträglichkeit, einem Anspruch auf Erhaltung des Gepräges eines Gebietes – entwickelt aus § 15 Abs. 1 Satz 1 BauNVO – und nicht zuletzt aus dem unter anderem in § 15 Abs. 1 Satz 2 verkörperten Rücksichtnahmegebot.

Da die Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbegehrenden in der ersten Phase nach der Ankunft zunächst allein das Ziel der Vermeidung von Obdachlosigkeit verfolgt und auf polizeirechtlicher Grundlage geschehen muss, stellt sich darüber hinaus die Frage, ob gegen die Errichtung von vorläufigen Anlagen auf der Grundlage der polizeilichen Generalklausel Rechtsbehelfe möglich sind.

## 1. Städtebaurechtliche Überlegungen

### 1.1. Anspruch auf Gebietserhaltung

Nach der Rechtsprechung des BVerwG vom Anfang der 90iger

Jahre des vorigen Jahrhunderts steht Eigentümern in dem Baugebiet eines durch Bebauungsplan überplanten Gebietes ein Anspruch dahingehend zu, dass die im Plan festgesetzte Art der Nutzung im konkreten Wohngebiet zu seinen Gunsten eingehalten und dementsprechend von der Bauaufsichtsbehörde durchgesetzt wird; praktisch also die Voraussetzungen der BauNVO im Einzelfall eingehalten werden<sup>2</sup>. Der Anspruch auf Gebietserhaltung oder auch „Gebietserhaltungsanspruch“ ist gegenwärtig der wohl häufigste Anwendungsfall des städtebaulichen Nachbarschutzes, wenn auch – selten und sicher noch seltener im Zusammenhang mit einer Flüchtlings- und/oder Asylunterbringung – unmittelbar aus dem Plan selbst Nachbarschutz hergeleitet werden kann.<sup>3</sup> Soweit es um Gebiete im Sinne der §§ 2 bis 4 der BauNVO geht, sind dort – neben den dort ausnahmsweise (§ 3 Abs. 3 und § 4 Abs. 3) BauNVO) oder regelhaft (§ 4 Abs. 2 BauNVO) zulässigen Nutzungen

<sup>1</sup> Dabei ist es wenig erstaunlich, dass sich in einem Stadtstaat wie Hamburg mit seinen stadträumlichen Einschränkungen sehr schnell Widerstand aufbaut – auch unter Zuhilfenahme der Gerichte; daher kann hier auch schon auf einige Entscheidungen zurückgegriffen werden.

<sup>2</sup> Dieser Gebietserhaltungsanspruch gilt aber dann nicht, wenn Nutzungsartfestsetzungen in einem Plan überhaupt nicht vorhanden sind, VGH Mannheim, Beschl. v. 21.10.2015, 8 S 1900/15: Kein Anspruch gegen Flüchtlingsunterkunft, wenn Plan lediglich ein „Sportplatzgelände“ ausweist.

<sup>3</sup> Allerdings hat gerade hat das VG Hamburg, Beschl. v. 28.10.2015, 7 E 5333/15, Entscheidungsdatenbank des VG Hamburg, entschieden, dass bestimmte Begrifflichkeiten eines hamburgischen Bebauungsplans nachbarschützende Wirkung haben können und dadurch die Errichtung einer Unterbringungseinrichtung verhindert (betreffend den ehemaligen Anzuchtgarten des Hauptfriedhofs Ohlsdorf).

## Vorwort

Sehr geehrte Damen und Herren Mitglieder der Bundesvereinigung, sehr geehrte Seminarteilnehmer und Freunde und Unterstützer,

einer der satzungsgemäßen Zwecke der Bundesvereinigung Öffentliches Recht ist die Förderung des „fachlichen Austausches“ im Kreise der Mitglieder untereinander wie auch überhaupt der verschiedenen rechtsanwendenden Berufe untereinander. Zwar haben wir in den letzten Jahren einen ganz aktiven Seminarbetrieb entwickeln können – am Austausch fehlt es aber durchaus noch etwas. Daher haben wir eine fast schon vergessene Institution unserer Vereinigung wieder aufleben lassen: den BÖR-Report.

Hier ist er nun wieder. Wir bitten um freundliche Aufnahme und vor allem rege „Teilnahme“ – gern nehmen wir Beiträge von Autorinnen und Autoren aus dem Kreise der Leser auf.

Es grüßt zum Jahresende 2015

Ihr Fraatz-Rosenfeld

## Übersicht

Fraatz-Rosenfeld: Die Einordnung von Anlagen zur Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbegehrenden in das System des öffentlich-rechtlichen Nachbarschutzes	1
Veranstaltungsprogramm der BÖR	3
Personalien der BÖR	4
Statut der BÖR	6
Aktuelle Schwerpunkte der Rechtsprechung	12
Quack: Der Rechtsanspruch auf inklusive schulische Bildung behinderter Kinder am Beispiel des Schulgesetzes NRW	13
Urteile	16
Hermes: Verfassungsrechtliche Probleme der Bildungsempfehlung nach dem sächsischen Schulrecht	18

– nur Wohnnutzungen zulässig. Nach allgemeiner Auffassung ist mit dem Begriff des Wohnens „eine auf Dauer<sup>4</sup> angelegte Häuslichkeit“ verknüpft und letztlich auch eine „eigengestaltete Häuslichkeit“ und damit eine auf eigenem Willen<sup>5</sup> beruhende, freiwillige Nutzung von Räumen. Daher gelten alle Formen von Unterbringungen – also die Einweisung in Heime und heimähnliche Anlagen, Gewerbe- und Turnhallen oder Zeltstädte – gerade nicht als Wohnen. Allerdings ist es dennoch möglich, Flüchtlingsunterkünfte in Wohngebieten vorzusehen, da sie als „Anlagen für soziale Zwecke“ angesehen werden können.<sup>6</sup> Diese begrifflich sehr weite Zulassungsmöglichkeit wird jedoch dadurch stark eingeschränkt, dass die Rechtsprechung nur gebietsverträgliche Anlagen akzeptiert.<sup>7</sup>

Angesichts des erheblichen Zuwanderungsdrucks versuchen die Kommunen, auf Gebäude in Gewerbegebieten zurückzugreifen. Da Anlagen zur Unterbringung von Personen aber in dem Zulassungskatalog des § 8 nicht enthalten sind, kommen dort solche Unterkünfte grundsätzlich nicht in Betracht.<sup>8</sup> Allerdings hat der Gesetzgeber schon vor der gegenwärtigen Zuwanderungswelle durch die Einfügung eines § 246 Abs. 10 BauGB im Jahre 2014 erweiterte Befreiungsmöglichkeiten vorgesehen.<sup>9</sup> Eine solche zu erteilen, ist aber nur möglich, wenn durch Planfestsetzungen „Anlagen für soziale Zwecke“ nicht von vornherein gänzlich ausgeschlossen sind.<sup>10</sup> Ähnlich erweiterte Zulassungsmöglichkeiten ergeben sich aus § 46 Abs. 8 BauGB für den unbeplanten Innenbereich und gemäß § 246 Abs. 9 BauGB für den Außenbereich.

## 1.2. Anspruch auf Erhaltung des Gebietspräges

Als Sonderfall des Gebietsgewährleistungsanspruchs bzw. Anspruch auf Gebietserhaltung wird der aus § 15 Abs. 1 Satz 1 hergeleitete<sup>11</sup> Anspruch auf Erhaltung des spezifischen „Gepräges“ eines Gebietes bezeichnet; von ihm kann allerdings nur ausgegangen werden, wenn der Plangeber in dem Plan Hinweise auf bestimmte, von

ihm vorgesehene Strukturen gegeben hat; dann kann dieser Nachbarschutz aber sogar gebietsübergreifend wirken. Das VG Hamburg<sup>12</sup> führt dazu aus (Leitsatz 1.):

*„Ein gebietsübergreifender Schutz des Nachbarn vor gebietsfremden Nutzungen im lediglich angrenzenden Plangebiet setzt den erkennbaren Willen des Plangebers voraus, dass Gebietsausweisungen in einem Bebauungsplan auch dem Schutz der jenseits der Gebietsgrenze liegenden benachbarten Bebauung dienen sollen“ [Hervorhebung vom Verfasser].*

Unter Heranziehung dieser Gesichtspunkte hat das OVG Berlin-Brandenburg<sup>13</sup> sich bei der Feststellung der Zulässigkeit einer Asylsuchendenunterkunft an Gebäudehöhen und der Bebauungsdichte in der näheren Umgebung orientiert und hier hohe Anforderungen gestellt: *„Ein Widerspruch zur Eigenart eines Baugebietes ... muss ... deutlich zu Tage treten“*.<sup>14</sup>

## 1.3. Rücksichtnahmegebot

Denkbar ist in seltenen Fällen auch eine Verstoß gegen das unter anderem in § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO verankerte „Gebot der baurechtlichen Rücksichtnahme“. Soweit in diesem Zusammenhang eine Abwägung der Interessen der Verwaltung an menschengerechter Unterbringung einerseits und den Interessen der Nachbarn an möglichst großer Störungsfreiheit andererseits vorzunehmen ist, sollen Gesichtspunkte wie das öffentliche Interesse an der Unterbringung und die Befristung der Genehmigung eine Rolle spielen.<sup>15</sup> Dabei werden nur solche Tatsachen berücksichtigt, die bei bestimmungsgemäßer Nutzung auftreten und bodenrechtlich relevant sind (also nicht Überlegungen hinsichtlich der Sozialverträglichkeit, des Milieuschutzes usw.).<sup>16</sup>

## 2. Unterbringung unter Heranziehung der polizeilichen Generalklausel

Obdachlosigkeit ist eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und daher sind Maßnahmen, die einer solchen vorbeugen, grundsätzlich durch die

Vorschriften der Sicherheits- und Ordnungsgesetze der einzelnen Bundesländer gedeckt<sup>17</sup>. Nachbarschutzgesichtspunkte könnten sich hier allenfalls ergeben, wenn – wie die herrschende Meinung im Polizeirecht es annimmt – konkrete Lebens- und vor allem Gesundheitsgefahren für Nachbarn entstehen. Man wird davon ausgehen können, dass Beeinträchtigungen im Zusammenhang mit Flüchtlingsunterkünften und ähnlichen Anlagen eher mit Normen des Sonderordnungsrechts wie etwa des bundesrechtlichen Immissionsschutzrechts oder landesrechtlichen Lärmschutzverordnungen begegnet werden kann.

<sup>4</sup> Fickert/Fieseler, BauNVO, 12. Auflage 2014, Rdn 1.2. zu § 3 BauNVO; und an diesem auf Dauer angelegten Aufenthalt fehlt es gerade bei Asylbewerbern und Bürgerkriegsflüchtlingen, a.a.O. Rdn 16.46.

<sup>5</sup> Fickert/Fieseler, a.a.O., Rdn 16.1.

<sup>6</sup> OVG Hamburg, Beschl. v. 28.05.2015, 2 Bs 23/15 = NordÖR 2015, 427.

<sup>7</sup> OVG Hamburg, a.a.O.

<sup>8</sup> VGH Mannheim, Beschl. v. 16.09.2014, 5 S 1603/14; Pressemitteilung VGH Mannheim; ders. Beschl. v. 14.03.2013, 8 S 2504/12 = ZFBR 2013, 583.

<sup>9</sup> Bis zum 31. Dezember 2019 kann in Gewerbegebieten (§ 8 der Baunutzungsverordnung, auch in Verbindung mit § 34 Absatz 2) für Aufnahmeeinrichtungen, Gemeinschaftsunterkünfte oder sonstige Unterkünfte für Flüchtlinge oder Asylbegehrende von den Festsetzungen des Bebauungsplans befreit werden, wenn an dem Standort Anlagen für soziale Zwecke als Ausnahme zugelassen werden können oder allgemein zulässig sind und die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit öffentlichen Belangen vereinbar ist.

<sup>10</sup> VGH München, Beschl. v. 05.03.2015, 1 ZB 14.2373, zitiert nach Juris; Schrödter/Rieger, BauGB, 8. Auflage 2015, Rdn 19 a zu § 31 BauGB; liegt eine solche Einschränkung nicht vor, ist nunmehr nach der Gesetzesänderung eine Befreiung möglich: VGH Mannheim, 8 S 492/15, Beschl. v. 11.03.2015, 8 S 492/15.

<sup>11</sup> Dazu etwas ausführlicher: OVG Hamburg, NordÖR 2009, 308 f. Und 310 f.; siehe auch: OVG Münster, DVBl. 2011, 647 (Umschlagen von „Quantität in Qualität“, im konkreten Fall verneint).

<sup>12</sup> Beschl. v. 13.09.2013, 9 E 3452/13, zitiert nach Juris.

<sup>13</sup> Beschl. v. 03.06.2015, OVG 2 S 7.15, zitiert nach Juris.

<sup>14</sup> OVG Berlin-Brandenburg, a.a.O.; Abwehranspruch verneint für eine aus zwei dreigeschossigen Stadtvillen bestehende Anlage neben einem Einfamilienhaus.

<sup>15</sup> OVG Hamburg, Beschl. v. 06.11.2013, 2 Bs 286/13, nicht veröffentlicht.

<sup>16</sup> VG Hamburg, Beschl. v. 13.09.2013, 9 E 3452/13, zitiert nach Juris: „Die von einer baulichen Anlage ausgehenden Störungen und Belästigungen sind nur insoweit auf ihre Nachbarverträglichkeit zu prüfen, als sie typischerweise bei der bestimmungsgemäßen Nutzung auftreten und von bodenrechtlicher Relevanz sind.“

<sup>17</sup> Zur Zulässigkeit der Beschlagnahme von Räumen jetzt VG Lüneburg, Beschl. v. 13.10.2015, 11 ME 230/15, zitiert nach Juris; die Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg hat darüber hinaus einen § 14 a) in das hamburgische SOG als spezielle Ermächtigungsnorm für die Zwecke der Flüchtlingsunterbringung aufgenommen.

---

**Veranstaltungsprogramm Januar bis März 2016**

---

---

Freitag, <b>15.01.2016</b> 295,-- €	<b>5-01-16</b>	<b>Neuerungen im Personalvertretungsrecht des Bundes und der Länder unter bes. Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung</b> * Dirk Lechtermann, Vorsitzender Richter am Obergericht Münster Veranstaltungsort: <b>Berlin</b> , Akademie der Wissenschaften am Gendarmenmarkt
Montag, <b>18.01.2016</b> 295,-- €	<b>1-02-16</b>	<b>Der Beweisantrag im Verwaltungsprozess</b> * Dr. Christoph Külpmann, Richter am Bundesverwaltungsgericht Veranstaltungsort: <b>Berlin</b> , Hotel Dietrich-Bonhoeffer-Haus, Nähe S-Bahnhof Friedrichstr.
Freitag, <b>29.01.2016</b> 295,-- €	<b>5-03-16</b>	<b>- Gesundheitliche Anforderungen bei Beamtenbewerbern und Probebeamten - Bewältigung der Folgen der altersdiskriminierenden Besoldung von Beamten</b> * Dr. Andreas Hartung, Richter am Bundesverwaltungsgericht Veranstaltungsort: <b>Berlin</b> , Dietrich-Bonhoeffer-Haus, Nähe S-Bahnhof Friedrichstraße
Montag <b>01.02.2016</b> 295,-- €	<b>5-04-16</b>	<b>Aktuelle Fragen und Probleme des Immissionsschutzrechts</b> * Dr. Robert Keller, Richter am Bundesverwaltungsgericht Veranstaltungsort: <b>Berlin</b> , Hotel Dietrich-Bonhoeffer-Haus, Nähe S-Bahnhof Friedrichstraße
Freitag, <b>12.02.2016</b> 295,-- €	<b>5-05-16</b>	<b>Abmahnung und Kündigung im Anwendungsbereich des TVöD/TV-L</b> * RA Jan Ruge (FA für Arbeitsrecht), Kanzlei Ruge & Krömer, Hamburg Veranstaltungsort: <b>Berlin</b> , Akademie der Wissenschaften am Gendarmenmarkt
Freitag, <b>19.02.2016</b> 295,-- €	<b>5-06-16</b>	<b>Es eilt: Flüchtlingsunterkünfte erleichtert planen und bauen – Möglichkeiten nach den BauGB-Flüchtlingsnovellen 2014 und 2015</b> * Dr. Klaus Schaeffer, Vors. Richter am VGH Baden-Württemberg a.D. * Paola Messer, Justitiarin bei der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt Veranstaltungsort: <b>Berlin</b> , Akademie der Wissenschaften am Gendarmenmarkt
Freitag, <b>26.02.2016</b> 295,-- €	<b>3-07-16</b>	<b>Prüfungsrecht – Update 2016</b> * Edgar Fischer, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Berlin Veranstaltungsort: <b>Berlin</b> , Hotel Dietrich-Bonhoeffer-Haus, Nähe S-Bahnhof Friedrichstraße
Freitag, <b>04.03.2016</b> 295,-- €	<b>5-08-16</b>	<b><u>Aktuelle Fragen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes</u> Biomasse, Solar, Windkraft: Vergütung und Netzanschluss/-ausbau</b> * Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Schomerus, Leuphana Universität Lüneburg * RA Dr. rer. publ. Sebastian Lovens, LL.M., Vorsitzender und Leiter der Clearingstelle EEG, Berlin Veranstaltungsort: <b>Berlin</b> , Akademie der Wissenschaften am Gendarmenmarkt
Donnerstag, <b>10.03.2016</b> 295,-- €	<b>5-09-16</b>	<b>Umgang mit leistungsschwachen Arbeitnehmern</b> * RA Justus Maerker (FA für Arbeitsrecht), Kanzlei Ruge & Krömer, Hamburg Veranstaltungsort: <b>Berlin</b> , Hotel Dietrich-Bonhoeffer-Haus, Nähe S-Bahnhof Friedrichstraße
Freitag, <b>11.03.2016</b> 295,-- €	<b>6-10-16</b>	<b><u>Aktuelles Aufenthalts- und Flüchtlingsrecht</u></b> * Dr. Bertold Huber, Vors. Richter am Verwaltungsgericht Frankfurt/M. a.D. Veranstaltungsort: <b>Berlin</b> , Hotel Dietrich-Bonhoeffer-Haus, Nähe S-Bahnhof Friedrichstraße

---

## BÖR-REPORT – Das Präsidium der BÖR



**Dr. Thomas Fraatz-Rosenfeld**  
Präsident

Rechtsanwalt in einer kleineren Sozietät im Norden Hamburgs seit 1980, Promotion 1983, Fachanwalt für Verwaltungsrecht seit 1992 und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht seit 2007, Ausbildung zum Mediator im Jahre 2011.

Seit Anbeginn der Anwaltstätigkeit theoretische und praktische Befassung mit vor allem immobilienbezogenen Gebieten des Verwaltungsrechts (öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Naturschutzrecht, Recht der öffentlichen Abgaben, eingeschlossen öffentlich-rechtlicher Nachbarschutz) sowie dem Recht des öffentlichen Dienstes.

Im weiteren Verlauf der Tätigkeit auch Beschäftigung mit dem Miet- und Wohnungseigentumsrecht und dem privatrechtlichen Nachbarschutz.



**Lothar Hermes**  
Schatzmeister/Vizepräsident

Herr Lothar Hermes hat an den Universitäten Regensburg und Göttingen Rechtswissenschaften studiert und nach Ablegen seiner Examina den Aufbaustudiengang „Europäische Integration“ absolviert.

Seit 1993 ist er als Rechtsanwalt zugelassen und in Dresden tätig, wo er 1994 seine eigene Kanzlei gründete. Seit 1996 ist Herr Hermes Fachanwalt für Verwaltungsrecht.

Im Jahr 2004 gründete er eine Bürogemeinschaft mit Herrn RA Mathias Müller (Fachanwalt für Miet- und WEG-Recht) und erhielt im selben Jahr den Integritätspreis 2004 für besondere Verdienste im Kampf gegen Korruption durch Transparency International Deutschland e.V.

Neben seiner Anwaltstätigkeit organisiert er Seminare zum Kommunalabgabenrecht, in denen er auch als Referent auftritt. Seit 1998 ist Herr Hermes Vorstandsmitglied der BÖR.



**Anne Quack**  
Vizepräsidentin

Anneliese Quack ist seit 1996 als Rechtsanwältin zugelassen. Zunächst war sie als Anwältin in eigener Kanzlei tätig, dann in den Jahren 1999-2002 als Sozia in der Kölner Kanzlei Selting und Baldermann. In den Jahren 2002-2009 arbeitete Frau Quack wieder in Hürth in ihrer eigenen Kanzlei. Seit 2009 ist sie Partnerin der Kanzlei Aussem, Heigl, die jetzt Aussem, Heigl & Quack heißt. Der Stadt Hürth ist Frau Quack durch ihre langjährige Ratstätigkeit verbunden. Im Jahr 2008 ist sie aus dem Rat ausgeschieden.

Frau Quack ist stellvertretende Präsidentin der BÖR sowie Mitglied diverser Hürther Vereine. Ihre beruflichen Schwerpunkte sind das Verwaltungsrecht, hier besonders das öffentliche Baurecht, Schulrecht/Hochschulrecht, das Sozialrecht, hier besonders Schwerbehindertenrecht und Rentenversicherungsrecht, sowie Familien- und Erbrecht.

## BÖR-REPORT – Die Mitarbeiterinnen der BÖR



**Ivonne Kraftzack**

Sie ist das „Herz“ und der organisatorische wie menschliche Mittelpunkt unserer Geschäftsstelle an der Friedrichstraße; hier laufen Telefonate, Seminaranmeldungen und die Mitgliederbetreuung zusammen und hier melden sich in allen typischen Situationen eines Seminarbetriebs die Teilnehmer und vor allem die Referenten. Und das alles wird dann von Frau Kraftzack professionell gesteuert.



**Hildegard Groos**

Ihre Hauptaufgabe ist seit über 10 Jahren die Seminarleitung; aufgrund ihrer Qualifikation als Rechtsanwältin obliegt ihr gewissermaßen aus akademischer Sicht die Organisation der Seminare. Sie ist vornehmlich in ständigem und vielfach hartnäckigem Kontakt mit unseren zahlreichen Referenten. Ganz „nebenbei“ sorgt sie sich dann noch um Seminarräume und Quartiere für Referenten und Vorstandsmitglieder.



**Birgit Berkowsky**

Mit ihr hat die Geschäftsstelle eine fleißige Seele, die die Post holt und bringt, die Briefe mit den Seminarankündigungen versandfertig macht und Frau Kraftzack in vielen Angelegenheiten unterstützt. Und wenn dann einmal die Geschäftsstelle wegen Urlaubsabwesenheiten verwaist ist, obliegt die Koordinierung der Zentrale ihr.



**Martin Brilla**

Geb. 1962 in Bonn. Studium der Rechtswissenschaften an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Rechtsanwalt seit 1996 in Bad Neuenahr-Ahrweiler, Köln und seit 2002 in Aachen. Seit 2001 Fachanwalt für Verwaltungsrecht.

Seit 2007 Leitung von Arbeitsgemeinschaften für Rechtsreferendare beim OLG Köln. Stellvertretendes Mitglied des Vorprüfungsausschusses für die Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung Verwaltungsrecht der Rechtsanwaltskammer Köln.

Autor im Kommentar zur Bauordnung Nordrhein-Westfalen im Kommunal- und Schulverlag. Regelmäßige Veröffentlichungen zu öffentlich-rechtlichen und arbeitsrechtlichen Themen.

Vizepräsident und Geschäftsführer der Internationalen Hans Rott Gesellschaft, Wien. Vorstandsmitglied der BÖR seit 2010.



**Lutz Frauendorf**

Schulausbildung in Nagold/Württemberg; Studium der Rechtswissenschaft und Politik in Tübingen und Frankfurt am Main; Rechtsanwalt in Reutlingen und Tübingen.

Mitarbeiter am Institut für öffentliches Recht der Universität Stuttgart-Hohenheim; Forschungsstelle für Verwaltungsrecht an der juristischen Fakultät der Universität Tübingen; seit 1987 mit Einführung der Fachanwaltschaften Fachanwalt für Verwaltungsrecht.

Ab 1990 Aus- und Fortbildung der Bauverwaltung u.a. in den neuen Bundesländern (BÖR und Land Baden-Württemberg); Tätigkeit in Fachanwaltsausbildung und Prüfung; Mitglied des gemeinsamen Prüfungsausschusses des Landes Baden-Württemberg Fachanwalt für Verwaltungsrecht seit 1997.

2003 Bestellung zum Notar in Tübingen; 2006 Mitglied des Dienstgerichtshofs des Landes Baden-Württemberg; seit 1994 Vorstandsmitglied der BÖR.



**Christian Paschen**

Herr Christian Paschen ist seit 1991 als Rechtsanwalt tätig, zunächst in der Sozietät Bezenberger, Mock & Partner in Berlin, ab 1995 in der Rechtsanwaltssozietät Gatzka, Heineken und Partner in Berlin. Ab 1991 bis 1993 folgte eine Tätigkeit bei der Treuhandanstalt Berlin, von 1993 bis 1995 bei der TLG Treuhandliegenschaftsgesellschaft mbH in Berlin. Seit 1995 ist er wieder als Rechtsanwalt tätig.

1999 gründete Herr Paschen seine eigene Kanzlei in Berlin und führt seit 2000 den Titel des Fachanwalts für Verwaltungsrecht. Seit 2005 ist er Lehrbeauftragter an der Brandenburgischen Technischen Universität Cottbus-Senftenberg am Lehrstuhl für Eisenbahnwesen.

Neben der Vorstandsmitgliedschaft bei der BÖR ist Herr Paschen im Vorstand des mo-fair e.V. vertreten und externer Justitiar in verschiedenen Eisenbahnverkehrs- und Eisenbahninfrastrukturunternehmen.



**Henriette Lüning**

Studium der Rechtswissenschaften der Universität Paul Verlaine, Metz/Frankreich und an der Humboldt Universität zu Berlin (2005-2011), Juristischer Vorbereitungsdienst am LG Potsdam (2012-2015). 2. Staatsexamen im August 2015. Studentische Nebentätigkeiten in der Hochschulverwaltung (Zulassung, Beratung ausländischer Studienbewerber); seit 2015 als Projektmitarbeiterin bei der BÖR.



**Barbara Strauß**

Frau Dipl.-Jur. Barbara Strauß ist seit Juli 2015 für die BÖR tätig. Sie reichert unsere Fortbildungsprogramme mit neuen interessanten Themen an und sucht nach geeigneten Referenten. Dafür wertet sie die aktuelle Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte aus und führt Gespräche mit unseren Referenten. Außerdem ist sie für die Tagungsleitung mitverantwortlich und Mitglied der Redaktion des BÖR-Report.

### BÖR-Geschäftsstelle

Bundesgeschäftsstelle Berlin

Bundesvereinigung Öffentliches Recht e.V.  
Friedrichstr. 95, Postbox 125  
10117 Berlin  
Deutschland

Telefon:  
+49 (0)30 - 200 59 777 oder  
+49 (0)30 - 206 49 248

Telefax:  
+49 (0)30 - 206 49 249

E-Mail:  
berlin@boer-ev.de

Bürozeiten:  
Montag bis Freitag  
09:00 – 15:00 Uhr

## STATUT

der  
Bundesvereinigung Öffentliches Recht e.V.  
Arbeitsgemeinschaft im Staats-, Verwaltungs- und Europarecht

**Stand: Beschluss in der Mitgliederversammlung vom 04. September 2015 in Köln**

### § 1 Name und Sitz

1. Der Verein trägt den Namen „Bundesvereinigung Öffentliches Recht e. V. – Arbeitsgemeinschaft im Staats-, Verwaltungs- und Europarecht“. Sitz der Vereinigung ist Berlin. Der Verein wird in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts eingetragen.
2. Das Geschäftsjahr des Vereins ist das Kalenderjahr.
3. Der Verwaltungssitz des Vereins wird durch den Vorstand bestimmt. Er kann im Turnus von jeweils drei Geschäftsjahren wechseln; als 1. Geschäftsjahr gilt das Jahr 1988.

### § 2 Zweck der Vereinigung und Gemeinnützigkeit

1. Die Vereinigung ist ein Zusammenschluss von Juristen, Körperschaften und Personenvereinigungen mit besonderem Interesse am nationalen und supranationalen öffentlichen Recht, aus der Bundesrepublik Deutschland und allen anderen europäischen sowie angrenzenden Ländern.
2. Zweck der Körperschaft ist die Förderung der beruflichen Qualifikation (Berufsbildung) seiner Mitglieder und Angehöriger rechtsanwendender Berufe sowie deren fachlichen Austausch. Der Satzungszweck wird verwirklicht insbesondere durch die Förderung und Durchführung der Fortbildung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts einschließlich des Europarechts, die Förderung fachlicher Verbindungen zwischen Juristen in Gesetzgebung, Rechtspflege, Wissenschaft und Verwaltung sowie den Austausch praktischer Erfahrungen und die Förderung des juristischen Nachwuchses.

Der Verein verfolgt ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke in Sinne des Abschnitts „Steuerbegünstigte Zwecke“ der Abgabenordnung (§§ 55ff. AO).

3. Der Verein ist selbstlos tätig, er verfolgt nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke. Mittel des Vereins dürfen nur für satzungsgemäße Zwecke verwendet werden. Die Mitglieder erhalten keine Zuwendungen aus Mitteln der Körperschaft. Insbesondere darf keine Person durch Zuwendung des Vereins, die dem Zweck des Vereins fremd sind oder durch unverhältnismäßig hohe Vergütungen begünstigt werden. § 6 bleibt unberührt.
4. Der Verein kann sich an anderen gemeinnützigen Vereinigungen beteiligen oder deren Mitglied werden.

### § 3 Mitgliedschaft

1. Mitglied des Vereins kann jede Person, die ein juristisches Staatsexamen oder eine vergleichbare Universitätsprüfung bestanden hat sowie jede juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts werden, in der Personen mit dieser juristischen Qualifikation in maßgeblicher Funktion tätig sind. Der Vorstand kann Ausnahmen zulassen;

besonders für eine Effektivierung der Arbeit in den Ausschüssen kann eine ausreichende Zahl von Sachverständigen aus allen Regelungsbereichen als Mitglieder aufgenommen werden. Die Aufnahme von Mitgliedern aus allen europäischen Staaten wird angestrebt.

2. Aufnahmeanträge sind schriftlich an die Geschäftsstelle der Vereinigung zu richten. Über den Aufnahmeantrag entscheidet der Vorstand. Eine ablehnende Entscheidung des Vorstands kann durch einen Mehrheitsbeschluss der Mitgliederversammlung ersetzt werden, der innerhalb eines Monats nach Zugang der Ablehnung durch den Vorstand schriftlich bei der Geschäftsstelle zu beantragen ist.
3. Mitgliedern oder Nichtmitgliedern, die sich besondere Verdienste um die Bundesvereinigung erworben haben, kann durch die Mitgliederversammlung eine Ehrenmitgliedschaft verliehen werden. Diese wird durch Annahme gegenüber dem Vorstand wirksam. Die Ehrenmitgliedschaft berechtigt zur Teilnahme an Mitgliederversammlungen, ohne dass damit ein Stimmrecht verbunden ist.

#### **§ 4 Beendigung der Mitgliedschaft**

1. Der Austritt aus der Vereinigung ist nur zum Jahresende möglich. Die Austrittserklärung ist gegenüber dem Präsidium bis spätestens zum 31.10. des betreffenden Jahres schriftlich abzugeben.

Über den Ausschluss von Mitgliedern entscheidet der Vorstand. Personen, die aus dem Verein ausgeschlossen werden, erhalten hierfür eine schriftliche Begründung. Auf ihren Antrag, der binnen einer Ausschlussfrist von einem Monat ab Zugang der Mitteilung des Vorstands über den Ausschluss gestellt werden muss, wird über den Bestand oder die Abänderung der durch den Vorstand getroffenen Entscheidung auf der nächsten Mitgliederversammlung abgestimmt.

2. Sofern ein Mitglied den Vereinszwecken gröblich zuwiderhandelt oder trotz zweier schriftlicher Mahnungen des Schatzmeisters mit dem Mitgliedsbeitrag für ein Geschäftsjahr in Rückstand ist, kann der Vorstand das Mitglied aus dem Verein ausschließen. Gegen den schriftlich bekannt zu gebenden Ausschlussbeschluss kann das Mitglied innerhalb einer Frist von einem Monat nach Zugang der Ausschlussklärung die Entscheidung der Mitgliederversammlung verlangen. Das Verlangen ist schriftlich an die Geschäftsstelle zu richten.

#### **§ 5 Departements**

1. In der Bundesrepublik Deutschland können in jedem Bezirk eines Oberverwaltungsgerichts Departements eingerichtet werden. Die Departements können Geschäftsstellen einrichten. Die Departements sind rechtlich unselbstständig, über ihren Sitz und ihre Geschäftsordnung entscheiden die jeweiligen Departementsmitglieder mehrheitlich.
2. In anderen europäischen Staaten können jeweils in den Bezirken der den Oberverwaltungsgerichten entsprechenden Gerichte Departements eingerichtet werden.
3. Am Sitz des Europäischen Gerichtshofes kann ein Sonderdepartement nebst Geschäftsstelle durch Beschluss der Mitgliederversammlung gebildet werden. Die Mitgliederversammlung kann die Bildung weiterer Departements nebst Geschäftsstellen beschließen.

## § 6 Organe

Organe des Vereins sind die Mitgliederversammlung, der Vorstand und das Präsidium. Die Mitglieder der Organe über ihre Tätigkeit ehrenamtlich aus. Auslagen und Aufwendungen sind gegen Nachweis zu erstatten. Die pauschale Auslagererstattung und die Zahlung einer pauschalen Aufwandsentschädigung in angemessener Höhe sind zulässig. Bei Bedarf können an Mitglieder des Vorstands und des Präsidiums in Rahmen der haushaltsrechtlichen Möglichkeiten angemessene Vergütungen gezahlt werden. Die Entscheidung über eine entgeltliche Vereinstätigkeit trifft die Mitgliederversammlung. Gleiches gilt für Tätigkeitsinhalte und -bedingungen.

## § 7 Vorstand

1. Der Vorstand besteht aus mindestens fünf und höchstens fünfzehn natürlichen Personen. Die Vorstandsmitglieder werden durch die Mitgliederversammlung aus dem Kreis der Mitglieder gewählt, die der Bundesvereinigung mindestens seit der vorangegangenen ordentlichen Mitgliederversammlung ununterbrochen angehören. Juristische Personen oder Personalvereinigungen als Mitglieder können eine ihnen zugehörige natürliche Person benennen, die zum Vorstandsmitglied gewählt werden kann.
2. Die Zusammensetzung des Vorstandes soll das zahlenmäßige Verhältnis zwischen weiblichen und männlichen Mitgliedern der Vereinigung widerspiegeln.
3. Die Zuständigkeit des Vorstandes erstreckt sich auf alle Bereiche, die nicht der Mitgliederversammlung oder dem Präsidium vorbehalten sind.
4. Der Vorstand ist mindestens zweimal im Jahr, auf Verlangen von mindestens drei seiner Mitglieder jederzeit, einzuberufen. Er gibt sich seine Geschäftsordnung. Der Vorstand ist bei Mitwirkung von mindestens einem Drittel seiner Mitglieder beschlussfähig.
5. Die Amtsdauer des Vorstands beträgt jeweils drei Jahre ab Beginn der Amtszeit und endet mit der Wahl eines neuen Vorstands.
6. Der Vorstand ist jeweils auf der regulären Mitgliederversammlung im dritten Jahr nach der Wahl des letzten Vorstands neu zu wählen, wobei das Jahr der Wahl nicht mitzählt. Falls dies versäumt wird, ist die Neuwahl notfalls durch eine außerordentliche Mitgliederversammlung auch nach Ablauf dieser Frist vorzunehmen, die zu diesem Zweck einberufen wird. § 9 Ziffer 6 bleibt unberührt. Scheidet ein Vorstandsmitglied außerhalb des normalen Wahlturnus aus, so ist auf der nächsten Mitgliederversammlung für den Rest der Wahlperiode ein neues Vorstandsmitglied zu wählen, sofern zur Zeit der Wahl die restliche Wahlperiode noch zumindest ein Jahr beträgt. Die erste Vorstandswahl nach dieser abgeänderten Satzung erfolgt auf der Mitgliederversammlung, die diese Satzung beschließt. Mit der Wahl des neuen Vorstands endet die Amtszeit der bisherigen Vorstandsmitglieder, nicht jedoch die des Präsidiums (§8 Ziff. 5).
7. Die Amtsdauer des Vorstands insgesamt oder gegebenenfalls eines einzelnen Vorstandsmitglieds beginnt mit der Feststellung des Wahlergebnisses.
8. Mit dem Ausscheiden aus der Vereinigung erlischt die Zugehörigkeit zum Vorstand.
9. Der Vorstand entscheidet über die Begründung, Änderung und Aufhebung von Dienstverhältnissen jeglicher Art.

10. Der Vorstand kann bestimmte Aufgaben des Vorstandes und die dazu erforderlichen Befugnisse durch Beschluss einem oder mehreren Geschäftsführern oder mehreren seiner Mitglieder übertragen.

## **§ 8 Präsidium**

1. Der Vorstand wählt aus seiner Mitte das dreiköpfige Präsidium, bestehend aus dem Präsidenten, einem Vizepräsidenten als Schatzmeister und einem weiteren Vizepräsidenten. Der Präsident und die Vizepräsidenten sind Vorstand im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches. Das Präsidium kann sich eine Geschäftsordnung geben.
2. Jedes Mitglied des Präsidiums kann mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der persönlich anwesenden Vorstandsmitglieder auf einer Vorstandssitzung abgewählt werden.
3. Das Präsidium führt die Geschäfte der Vereinigung. Es wird darin durch den Vorstand und die Geschäftsführer unterstützt. Die Entscheidungen des Präsidiums werden generell oder im Einzelfall durch den Vorstand vorbereitet. Sie können schriftlich und mündlich getroffen werden. Für die Beschlussfassung gelten §§ 28 1, 32 BGB mit der Maßgabe, dass die Stimme des Präsidenten bei Stimmgleichheit den Ausschlag gibt.
4. Jedes Präsidiumsmitglied ist einzelvertretungsberechtigt.

## **§ 9 Mitgliederversammlung**

1. Die Zuständigkeit der Mitgliederversammlung erstreckt sich auf:
  - Änderungen der Satzung
  - Einsetzung von dauernden und vorübergehenden Ausschüssen
  - Änderung der Beitragsfestsetzung
  - die Aufstellung von Richtlinien für die Fahrtkostenerstattung an Mitglieder des Präsidiums, des Vorstandes und der Ausschüsse
  - Entscheidungen über die Anfechtung vom Vorstand abgelehnter Aufnahmeanträge und ausgesprochener Ausschlüsse
  - die Entgegennahme und Genehmigung des Jahresberichtes des Präsidiums inklusive des Jahresabschlusses mit Revisionsbericht
  - die Wahl, die Entlastung und die Abberufung des Vorstandes
  - die Entscheidung über die Bildung eines Kuratoriums
  - die Wahl verdienter Personen zu Alters-, Ehrenpräsidenten oder Ehrenmitgliedern
  - die Auflösung des Vereins
  - sowie alle weiteren ihr in der Satzung zugewiesenen Aufgaben

Im Übrigen finden die §§ 32 – 35 BGB Anwendung.

2. Eine ordentliche Mitgliederversammlung ist einmal jährlich einzuberufen. Ort, Zeit und Tagungsordnung werden durch den Vorstand bestimmt. Die Bekanntgabe erfolgt durch einfachen Brief, mindestens einen Monat vor dem angesetzten Termin unter Mitteilung der Tagesordnung. Zu einer ordnungsgemäßen Ladung genügt der Nachweis der Absendung an die letzte dem Vorstand bekannte Anschrift. Die Einberufung kann stattdessen durch Veröffentlichung in der Mitgliederzeitschrift erfolgen.
3. Verlangen 3 Vorstandsmitglieder oder 20 Prozent der Mitglieder schriftlich die Einberufung einer Mitgliederversammlung, so ist eine außerordentliche Versammlung innerhalb einer Frist von zwei Monaten abzuhalten.

4. Vorsitzender der Mitgliederversammlung ist der Präsident, bei seiner Verhinderung einer der Vizepräsidenten. Die Versammlung kann mehrheitlich einen anderen Versammlungsvorsitzenden bestimmen.
5. Abstimmungen erfolgen, soweit nicht das Gesetz oder Satzung eine andere Mehrheit vorschreiben, mit einfacher Mehrheit der anwesenden Mitglieder. Auf Verlangen eines anwesenden Mitglieds ist schriftlich und geheim abzustimmen. Auf Verlangen eines anwesenden Mitgliedes hat vor jeder Beschlussfassung eine Aussprache stattzufinden.
6. Ein Beschluss, der eine Satzungsänderung oder die Abwahl des Vorstandes vorsieht, bedarf einer Zweidrittelmehrheit. Der Vorstand kann nur insgesamt abgewählt werden. Die Beschlussergebnisse sind in einfacher Schriftform zu protokollieren.
7. Vorschläge zur Tagesordnung müssen nur behandelt werden und über sie darf nur beschlossen werden, wenn sie mindestens 3 Tage vor Versammlungsbeginn schriftlich oder per Fernkopierer auf der Geschäftsstelle der Vereinigung eingegangen sind.

#### **§ 10 Ausschüsse**

1. Zur Vorbereitung ihrer Beschlüsse, zur Vorbereitung von Tagungen oder zu sonstigen vorübergehenden oder dauernden Zwecken kann die Mitgliederversammlung die Bildung von Ausschüssen beschließen, oder für vorübergehende Aufgaben bestimmte Mitglieder berufen.
2. Die Mitgliederversammlung bestimmt die Dauer der Ausschüsse, die Anzahl der Ausschussmitglieder und deren Amtszeit und wählt die Ausschussmitglieder aus dem Kreis der Mitglieder.
3. Die Mitgliederversammlung kann ihre Beschlüsse über Bildung, Dauer und Aufgabenbereich von Ausschüssen jederzeit ändern. Erweiterungen, Beschränkungen oder Ergänzungen der Zahl der Mitglieder der Ausschüsse sind nur zulässig, wenn mehr als zwei Drittel der dem Ausschuss angehörenden Mitglieder zustimmen.
4. Die gewählten Ausschussmitglieder wählen unter sich den Ausschussvorsitzenden und einen Stellvertreter und geben sich bei Bedarf eine Geschäftsordnung.
5. Die Vorsitzenden der Ausschüsse und ihre Stellvertreter benötigen die Bestätigung durch den Vorstand der Vereinigung. Sie darf nur aus wichtigem Grund verweigert werden.
6. Alle Ausschussmitglieder, insbesondere der Vorsitzende und sein Vertreter, sind verpflichtet, dem Vorstand bei Bedarf Bericht zu erstatten und darüber hinaus auf Anforderung alle Auskünfte über die Ausschussarbeit und deren Ergebnisse zu erteilen.

#### **§ 11 Rechnungsprüfung**

Die Mitgliederversammlung wählt für jedes Geschäftsjahr zwei Revisoren, die nicht Vorstandsmitglieder oder Geschäftsführer sein dürfen. Diese haben die Aufgabe, den Jahresabschluss auf Übereinstimmung mit den zu Grunde liegenden Belegen zu prüfen und mindestens einmal jährlich eine Kassenbestandsaufnahme durchzuführen. Sie sind berechtigt, alle Bücher und Unterlagen einzusehen. Sie sind aber nur zu stichprobenartiger Prüfung verpflichtet. Sie haben zur jährlichen Mitgliederversammlung einen schriftlichen Prüfungsbericht vorzulegen.

## **§ 12 Beiträge**

1. Von jedem Mitglied wird ein Jahresbeitrag erhoben. Die Zahlung hat im Voraus am 01. Februar eines jeden Jahres zu erfolgen. Die Höhe des Jahresbeitrages wird von der Mitgliederversammlung festgesetzt. Einem Mitglied, das unverschuldet in eine finanzielle Notlage geraten ist, kann der Beitrag ganz oder teilweise erlassen werden. Über einen entsprechenden Antrag entscheidet der Vorstand oder dessen zuständiges Mitglied. Ehrenmitglieder sind von der Verpflichtung zur Zahlung der Mitgliedsbeiträge befreit.
2. Bei einem nicht vorhersehbaren Finanzbedarf des Vereins kann der Vorstand eine von den Mitgliedern zu erhebende Umlage beschließen. Diese bedarf der Bestätigung durch die Mitgliederversammlung. Die Umlage darf das 5-fache eines Jahresbeitrages nicht überschreiten.

## **§ 13 Pflichten der Mitglieder**

1. Alle Mitglieder sind verpflichtet, den Vereinszweck zu fördern und Handlungen oder Verhaltensweisen zu unterlassen, die das Ansehen der Vereinigung in der Öffentlichkeit gefährden könnten. Den Ausschüssen ist effektiv zuzuarbeiten. Anfragen des Vorstandes oder der Geschäftsstellenleitungen sind unverzüglich zu beantworten.
2. Der Vorstand ist berechtigt, einzelne Mitglieder wegen ihres Verhaltens zu rügen.

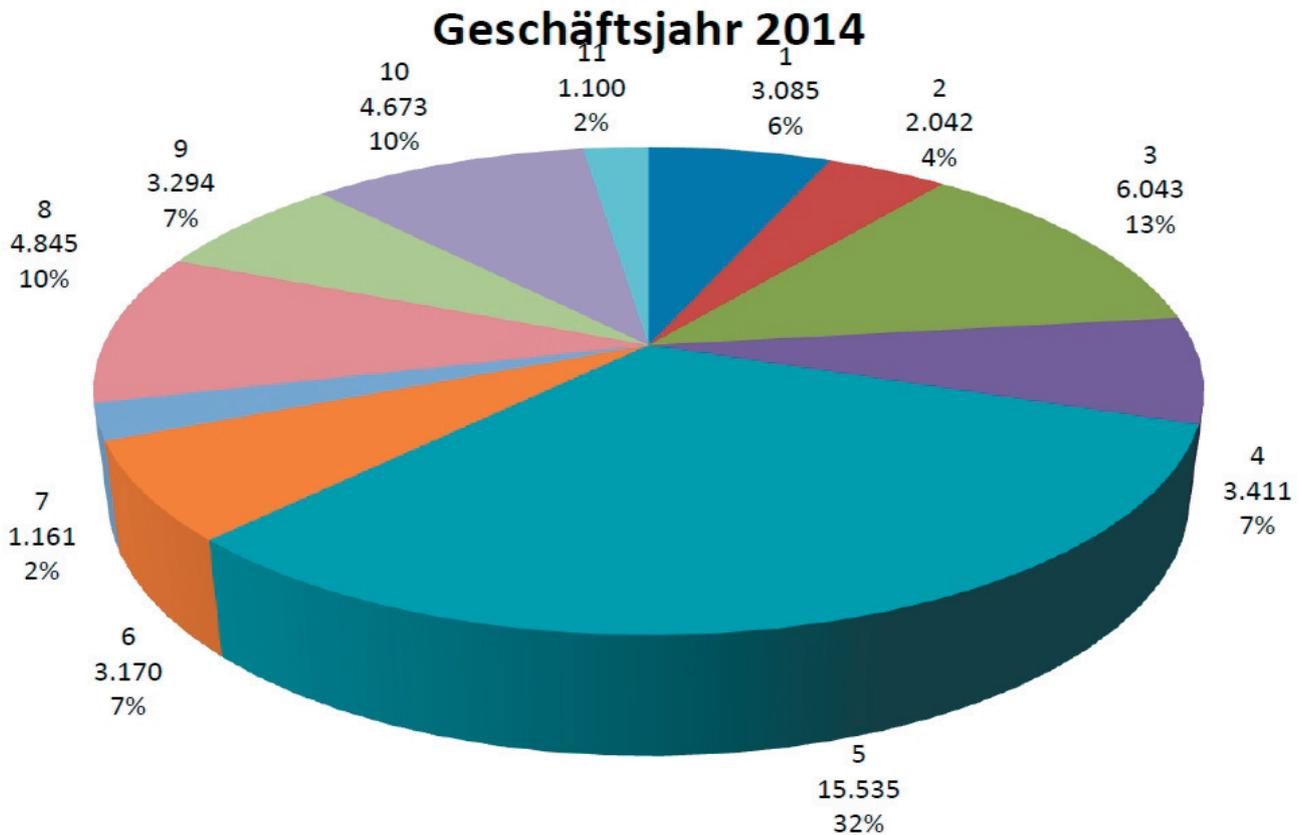
## **§ 14 Interne Haftung der Vereinigung**

Die Vereinigung haftet ihren Mitgliedern für Schäden, die aus der Teilnahme an Veranstaltungen oder der Benutzung von Einrichtungen der Vereinigung einschließlich der Übersendung von Informationen entstehen, nur dann, wenn einem Handlungsträger Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fallen.

## **§ 15 Auflösung**

1. Über die Auflösung der Vereinigung kann nur in einer mit ausschließlich diesem Tagesordnungspunkt einberufenen Mitgliederversammlung beschlossen werden.
2. Für die Auflösung ist eine Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen erforderlich; bei der Abstimmung muss ein Viertel der Stimmberechtigten anwesend sein.
3. Das Vereinsvermögen fällt im Falle der Auflösung des Vereins oder bei Wegfall des steuerbegünstigten Zwecks der Hilfskasse Deutscher Rechtsanwälte in Hamburg zu, die es unmittelbar und ausschließlich für gemeinnützige und/oder mildtätige Zwecke zu verwenden hat. Die Mitgliederversammlung kann einstimmig beschließen, das verbleibende Vereinsvermögen einer anderen juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einer anderen steuerbegünstigten Körperschaft im Sinne des § 60 Abs. 1 AO zwecks Verwendung für die Förderung der Berufsbildung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts oder der Rechtswissenschaft und rechtswissenschaftlichen Forschung zuzuwenden.
4. Im Falle einer Liquidation sind die im Amt befindlichen Mitglieder des Präsidiums, ersatzweise die drei ältesten Mitglieder des Vorstandes, zu Liquidatoren berufen.

## Übersicht über aktuelle Schwerpunkte der Rechtsprechung am Beispiel Nordrhein-Westfalen



Sachgebietsgruppen		Gesamt
1	Bildungsrecht und Sport (inkl. Numerus-clausus-Verfahren)	3.085
2	Wirtschafts- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Landwirtschafts-, Jagd-, Forst- und Fischereirecht, Straßen- und Wegerecht, Recht der freien Berufe	2.042
3	Polizei-, Ordnungs- und Wohnrecht	6.043
4	Ausländerrecht	3.411
5	Asylrecht - Hauptsacheverfahren (inkl. Asylrecht - Eilverfahren)	15.535
6	Raumordnung, Landesplanung, Bau-, Boden- und Städtebauförderungsrecht einschl. Enteignung	3.170
7	Umweltrecht	1.161
8	Abgabenrecht	4.845
9	Recht des öffentlichen Dienstes	3.294
10	Sozialrecht (ohne Sozialhilfe), Jugendschutzrecht, Kindergartenrecht, Kriegsfolgenrecht	4.673
11	Sonstiges (inkl. Parlaments-, Wahl- und Kommunalrecht; Recht der juristischen Körperschaften des öffentlichen Rechts, Staatsaufsicht, Vermögens- und SED-Rehabilitierungsrecht, Disziplinarrecht / Berufsgerichtliche Verfahren, Sozialhilfe (Altverfahren seit 1. Januar 2005))	1.100
Summe		48.359

# Der Rechtsanspruch auf inklusive schulische Bildung behinderter Kinder am Beispiel des Schulgesetzes NRW

von Anne Quack, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Verwaltungsrecht, Hürth

*Das 9. SchulrechtsänderungsG NRW nimmt für sich in Anspruch, die UN-BRK umgesetzt zu haben. Dieser Beitrag setzt sich kritisch mit der tatsächlichen Umsetzung der Konvention auseinander und zeigt auf, wo das Gesetz Lücken für konventionswidrige Entscheidungen eröffnet.*

## I. Schulische Situation behinderter Kinder vor Unterzeichnung der UN-Behindertenrechtskonvention:

Bis zur Unterzeichnung der UN-BRK im Jahre 2009 gewährten die Schulgesetze der Länder keinen Anspruch auf Besuch einer allgemeinen Schule. Das, obwohl das Bundesverfassungsgericht eine weitreichende Entscheidung hinsichtlich des Elternwunsches bereits im Jahre 1997 abfasste und darin das Elternrecht und deren Wunsch auf inklusive Beschulung stärkte.

Das Bundesverfassungsgericht urteilte damals (AZ: 1BvR 9/97), dass sich die Schulbehörde nicht einfach über den Elternwillen, der durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützt ist, hinwegsetzen dürfe und dieser zu berücksichtigen sei. Wenn sie dies mache, müsse sie der Entscheidung eine ausführliche Begründung zu Grunde legen. Zudem sei dem Elternwunsch auf inklusive Beschulung nur dann nicht zu folgen, wenn die sächlichen und personellen Ressourcen sowie organisatorische Schwierigkeiten und schutzwürdige Belange Dritter dem entgegenstehen. Trotz dieser Entscheidung lag es weiter in der Hand der Schulen und Schulbehörden letztlich ohne besondere Begründung eine Entscheidung über den Förderort zu treffen. Eine Änderung hin zur Berücksichtigung des Elternwunsches ist damals nicht eingetreten.

Eltern die eine allgemeine Schule entgegen dem Willen der zuständigen Schulbehörde wünschten, konnten nur noch klagen. In der Regel musste zudem ein Eilantrag gestellt werden, da die Anordnung des Sofortvollzuges inklusive einer Zwangsgeldandrohung in Höhe von meist 2.000,00 EURO dem Bescheid auf Zuweisung an die

Förderschule für den Fall der Nichtanmeldung an dieser Schule beigefügt war. Der Druck für die Kindeseltern, welche sich eine allgemeine Schule für ihr Kind wünschten, war damit enorm und angsteinflößend.

Dies änderte sich ein wenig zum Positiven im Jahre 2006 nach einer Entscheidung des VG-Köln (Az. 10 K 761/07) in Anlehnung an das OVG Münster, mussten Eltern nun darauf hingewiesen werden, dass es die Möglichkeit der integrativen Beschulung gibt und soweit die Gutachter zu dem Ergebnis kamen, dass das Kind integrativ beschulbar sei, musste im Bescheid aufgenommen werden, dass der Förderort –neben der Förderschule - auch eine allgemeine Schule mit gemeinsamem Unterricht sein könne. Zudem mussten die vorhandenen integrativen Schulen aufgelistet werden und es wurde vor der Entscheidung über den Förderort eine Anhörung der Eltern durchgeführt. Die Entscheidung blieb allerdings bei dem jeweiligen Schulamt. Wurde festgestellt, dass eine integrative Beschulung möglich ist, so mussten die Eltern sich den Schulplatz in der Regel selbst suchen. Da integrative Schulen sehr rar waren, blieb die integrative Beschulung die Ausnahme, denn ca. 90% aller behinderten Kinder wurden auf der Förderschule unterrichtet.

## II. Schulische Situation nach dem Inkrafttreten der UN-BRK:

### 1. Rechtsanspruch auf inklusive Bildung aufgrund der UN-BRK?

Die UN-BRK ergänzt die Menschenrechtsverträge und normiert daher Menschenrechte. Diese sind geltendes Recht (Nettesheim in Herzog u.a. GGK Art. 59, Rn 166ff, 171ff). „Sie haben als völkerrechtliche Normen Eingang in die deutsche Rechtsordnung gefunden, welche der Bundestag unter einstimmiger Zustimmung des Bundesrates als ein so genanntes Vertragsgesetz verabschiedet hat. Die Konvention hat danach in ihrer Gesamtheit, quasi als völkerrechtlicher Normkomplex, nach allgemeiner Auffassung den Status von Bundesrecht erhalten“ (aus: Valentin

Aichele, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis, AnwBl 10/2011). Geprägt ist die UN-BRK durch die Grundsätze der Gleichbehandlung sowie das Diskriminierungsverbot. Diese zeigen zugleich die Grenzen behördlichen Ermessens auf. Leider zeigte sich schon sehr bald in der vielfältigen Rechtsprechung, dass die Gerichte dies verkennen. Die dort immer wieder angeführte Transformationslehre, welche einen Akt der Transformation durch die Landesparlamente fordert, widerspricht der, der Verfassungsrechtsprechung zu Grunde liegenden Vollzugslehre, welche eine irgendwie geartete Transformation nicht mehr erforderlich macht. Letztere vertritt das Bundesverfassungsgericht und ist daher von allen anderen Gerichten entsprechend anzuwenden. Die staatlichen Stellen sind daher gehalten unabhängig von der bundesstaatlichen Kompetenzordnung das Konventionsrecht zu vollziehen (so: Valentin Aichele, wie vor). Hierbei ist die unmittelbare Vollziehung von der menschenrechtskonformen Auslegung zu unterscheiden. Ersterer setzt eine unmittelbar anwendbare Rechtsvorschrift voraus, dies bedeutet, sie muss für Dritte als unmittelbar anwendbare Rechtsgrundlage tauglich sein. Letztere bedeutet, dass bei der Anwendung von Bundes- oder Landesrecht die menschenrechtliche Norm als Auslegungshilfe für die Bestimmung und Reichweite herangezogen werden muss (Valentin Aichele, wie vor). Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 23.03.2011, 2 BvR 882,09; Rn 52 geurteilt, dass die UN-Behindertenrechtskonvention als Auslegungshilfe für die Grundrechte herangezogen werden kann und diese überlagern. „Dieses bedeutet aber für anwendende Behörden und Gerichte, dass eine entsprechende Anwendung sogar rechtsstaatlich geboten ist, wenn sie ohne diese menschenrechtskonforme Auslegung zu einer konventionswidrigen Anwendung kommen“ (so: Valentin Aichele, wie vor). Für den Anspruch auf inklusive Bildung ist Art. 24 UN-BRK heranzuziehen.

### III. Rechtsanspruch nach dem geltenden Schulrechtsänderungsgesetz NRW 2014

Das 9. Schulrechtsänderungsgesetz nimmt für sich in Anspruch die UN-BRK umzusetzen. Verhält es sich aber tatsächlich so, dass die Konvention in ihrem Sinne unabhängig von dem Grad der Behinderungen den diskriminierungsfreien und gleichberechtigten Zugang zur allgemeinen Schule für behinderte Kinder zu eröffnen, hierdurch erfüllt wird?

(1) Erstmals wird nun unter § 20 Abs.1 SchulG NRW normiert, dass Orte sonderpädagogischer Förderung in der Regel allgemeine Schulen sind und dass die Eltern hiervon abweichend die Förderschule wählen können. Dieses verkehrt die Reihenfolge des bis 2014 geltenden Schulgesetzes. Seit Inkrafttreten, Sommer 2014, haben behinderte Schüler der 1. und 5. Klasse einen Rechtsanspruch auf Besuch einer allgemeinen Schule. Dieser Rechtsanspruch baut sich daher jeweils ab dieser Klasse sowohl an den Grundschulen, als auch an den weiterführenden Schulen auf. Gemäß § 19 Abs.5 SchulG NRW wird nun normiert, dass die Eltern den Antrag auf Überprüfung des sonderpädagogischen Förderbedarfs stellen und nicht -wie zuvor geschildert- kann der Antrag auch ohne Zustimmung der Eltern von der Schule gestellt werden. Dies bedeutet eine Stärkung des Elternwillens. Die zwangsweise Überprüfung soll hierdurch wegfallen. Hinzu kommt, dass nach Feststellung des Förderbedarfs den Eltern auch mindestens eine allgemeine Schule vorgeschlagen werden muss. Wie oben aufgezeigt, ist dies ebenfalls eine positive Änderung zum alten Schulgesetz, bei dem die Eltern sich die allgemeine Schule noch selbst suchen mussten.

(2) Allerdings ist auch dies nicht ohne Ausnahme geblieben, so dass diese in § 19 Abs.7 SchulG NRW derart normiert wurde, dass dieser Antrag weiterhin über die Schule gestellt werden kann, wenn ein Schüler nicht zielgleich gefördert wird und wenn der vermutete Bedarf an sonderpädagogischer Förderung im Bereich der emotionalen und sozialen Entwicklung liegt. Letzterer muss mit einer vermuteten Fremd- oder Selbstgefährdung einhergehen. Selbstverständlich lässt diese Ausnahme Tür und Tor für die weitere Antragstellung der Schulen offen. Auch wenn die Ausnahmen in der Regel

besonders begründet werden müssen, zeigt die Praxis, dass man gerade bei der 2. Gruppe der Kinder diese Gefährdung relativ leicht beschreiben kann. Zu dieser 2. Gruppe gehören zum Beispiel Kinder im Autismusspektrum, welche besonders auf Veränderungen, Lautstärke, Berührungen ihrer Umwelt reagieren oft mit Aggression, Schreien etc. Dies ist allerdings Ausdruck ihres Behinderungsbildes und wohnt gerade dieser Behinderung inne. Die Konvention fordert aber den gleichberechtigten Zugang zu allgemeinen Schulen unabhängig von der Behinderung. Bei der ersteren Gruppe lässt sich feststellen, dass es gehäuft zu Einschulungen intelligenter Kinder – teilweise sogar Hochbegabter - in die Gruppe der Lern- oder geistig Behinderten kommt, obwohl die Störung tatsächlich in einer starken Lese-Rechtschreibschwäche und /oder Dyskalkulie liegt oder andere Störungen, welche das Lernen und die Auffassung erschweren, wie z.B. auch starke Konzentrationsschwächen, ADHS etc. Diesen Kindern stehen Nachteilsausgleiche zu, welche nur sehr selten bis gar nicht gewährt werden, da die Einschulung in den Förderschwerpunkt Lernen oder Geistige Behinderung die Beschulung für die Schule deutlich erleichtern, dies obwohl viele dieser Kinder einen hohen Intelligenzquotienten haben. Die Einleitung des AO-SF Verfahrens dient bei diesen Kindern daher lediglich einer Vereinfachung der Unterrichtung. Eine Förderung und erst recht eine Gleichbehandlung sowie diskriminierungsfreie Teilnahme am Unterricht dieser beiden Gruppen ist daher oft nicht mehr gewährleistet.

Neu ist ebenfalls, dass bei einem vermuteten Förderbedarf Lernen erst ab der 3. Klasse der AO-SF Antrag gestellt werden kann. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass gerade die Kinder mit festgestelltem Förderbedarf Lernen, den es in anderen Staaten nicht gibt, in den letzten Jahren sehr stark zugenommen hat und im eigentlichen Sinne „keine Behinderung“ darstellt.

(3) Soweit der oben bereits beschriebene § 20 SchulG NRW die allgemeine Schule für die sonderpädagogische Förderung vorsieht, ist aber auch hier eine Ausnahme vorgesehen, welche sich durchaus in der Praxis als kritisch herausstellt. § 20 Abs.4 SchulG NRW lässt

es weiter zu, dass in „besonderen Ausnahmefällen“ die Förderschule anstatt der Regelschule oder umgekehrt seitens der Schulaufsichtsbehörde festgelegt werden kann. Dies soll dann gelten, wenn die personellen und sächlichen Voraussetzungen am gewählten Förderort nicht gegeben sind. Dies muss besonders begründet werden. Leider zeigt sich das auch dies für die Abweisung behinderter Schüler von der Regelschule zur Förderschule entgegen dem Willen der UN-BRK die Türen öffnet.

Die UN-BRK, als Menschenrecht fordert den diskriminierungsfreien Zugang zu den allgemeinen Schulen. Dies gilt unabhängig von vorhandenen Ressourcen. Vielmehr konstatiert sie in Art. 24 Abs.2c, dass jeder Vertragsstaat sicherstellen soll, dass angemessene Vorkehrungen zu treffen sind, um den Rechtsanspruch auf inklusive Bildung zu gewährleisten. Dies bedeutet, dass der Vertragsstaat und durch dessen Verpflichtung die umsetzende Behörde verpflichtet ist alles zu tun, um dem behinderten Kind die Beschulung an der Regelschule zu ermöglichen. Barrierefreiheit ist daher herzustellen, wenn dies für das behinderte Kind notwendig ist. Die Hürde für eine Ablehnung aufgrund mangelnder sachlicher Ressource ist sehr hoch. Die Grenze ist erst dort erreicht, wenn Unzumutbarkeit vorliegt. Den Anspruch auf Besuch einer allgemeinen Schule sieht die UN-BRK unabhängig von dem Grad der Behinderung, so dass auch Mehrfachbehinderte diesen Anspruch haben. Gerade aber Kinder mit Schwerstbehinderungen werden gerne mit dem Argument der nicht vorhandenen Ressourcen abgelehnt oder auch noch oft zu finden, den Rechten Dritter. Mit der im Gesetz formulierten Möglichkeit ist dies schnell begründet. Die schwer- bis schwerstbehinderten Kinder werden in diesen Fällen aber gerade wegen ihrer (schweren) Behinderung abgelehnt und ihnen wird der Zugang ins Regelschulsystem verweigert, weil dem Schulträger/der Schule nicht zugemutet wird die entsprechenden Ressourcen herbei zu schaffen. Dies verstößt gegen die Konvention, da diese den Zugang zur allgemeinen Schule in Art. 24 UN-BRK verbrieft. Begründet wird diese Ausnahme zumeist damit, dass die anderen Kinder gestört würden, etwa durch Schreien des behinderten Kindes. Im Sinne der UN-BRK, Art.24 in dessen Sinne das 9. Schulrechtsänderungsgesetz

mit seinen Ausnahmen ausgelegt werden muss, ist gerade diese Argumentation konventionswidrig, da die Rechte Dritter nach dem Geist der UN-BRK restriktiv auszulegen sind. (so Eibe Riedel in: Zur Wirkung der internationalen Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung und ihres Fakultativprotokolls auf das deutsche Schulsystem, S. 24) Auch die sachlichen und personellen Ressourcen werden immer wieder angeführt. Der Ressourcenvorbehalt kann aber ebenfalls nur in besonderen Ausnahmefällen eine Schranke bilden (Eibe Riedel, ebenda) und die Beschulung eines behinderten Kindes an einer Regelschule verhindern. Aber auch hier zeigt die Realität, dass dies auch nach Einführung des neuen Schulgesetzes immer wieder als Argument angeführt wird, behinderten Kindern den Zugang zum Regelschulsystem zu verweigern oder wieder ins Förderschulsystem zu verweisen.

(4) Die Monitoring Stelle zur Überwachung der Umsetzung der UN-Behindertenkonvention am Institut für Menschenrechte in Berlin fordert bereits seit längerem die Abschaffung des Förderschulsystems als nicht mit der UN-BRK vereinbar, ein. Im letzten Bericht über die Durchführung der UN-BRK 2015 wird Deutschland unter anderem auch wegen der Beibehaltung des Förderschulsystems ein schlechtes Zeugnis ausgestellt. Dies gilt umso mehr als die Vertragsstaaten zur Umsetzung der Konvention „angemessene Vorkehrungen“ treffen müssen, um gerade den diskriminierungsfreien Zugang zur allgemeinen Schule zu sichern, hierzu gehört sicherlich der barrierefreie Zugang, welcher tatsächlich auch heute noch zur Ablehnung von Rollstuhlfahrern herangezogen wird, weil er nicht vorliege und die Schule auch nicht bereit ist, durch geschickte Planung des Unterrichtes diesen bis zu seiner Herstellung durch die Kommune/den Schulträger entbehrlich zu machen, etwa durch Ansiedlung der 5. Klasse im EG der Schule uvm. Das OVG Thüringen hatte einen solchen Fall zu entscheiden und sieht hier auch im Hinblick auf die angestrebte Inklusion in Thüringen -ohne Nennung der UN-BRK- die zuständigen Behörden in der Verpflichtung alles Zumutbare zu unternehmen, um einem behinderten Kind die allgemeine Schule zu ermöglichen (OVG Thüringen v. 01.10.2013, AZ: 1

EO 538/13). Diesbezüglich gibt es viele positive Beispiele in Kommunen mit vielfältigen Ideen zur Ermöglichung der Inklusion, allerdings auch oft Vorbehalte und mangelnde Bereitschaft zur Umsetzung des Konventionswillens.

#### IV. Fazit:

Der Anspruch auf inklusive Beschulung, wie er seitens der UN-BRK gefordert wird, ist (noch) nicht erreicht. Auch wenn NRW angibt ein Schulgesetz entworfen zu haben, welches den Rechtsanspruch auf inklusive Bildung umsetzt, so ist dies noch immer nicht gewährleistet. Gründe sind zum einen die Beibehaltung des Förderschulsystems und zum anderen weiterhin die Ermöglichung Ausnahmen zuzulassen, um Kinder in Förderschulen überführen zu können. Insbesondere der immer noch mögliche Verweis auf das Fehlen der personellen und sächlichen Voraussetzungen für die Beschulung eines Behinderten an einer Regelschule widerspricht dem Gleichheitsgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot der Konvention und somit auch Art. 3 Abs.3 GG. Die UN-BRK verpflichtet alle Vertragsstaaten angemessene Vorkehrungen zur Umsetzung der UN-BRK zu treffen, damit alle Ressourcen an Regelschulen vorhanden sind, um behinderte Kinder zu beschulen. Sie fordert daher, dass alle Kinder in Regelschulen beschult werden und sieht kein Förderschulsystem vor, welches im Übrigen in anderen Vertragsstaaten in dieser ausgeprägten Form nicht vorzufinden ist.

Es ist daher noch viel zu tun und zu ändern, vor allem in den Köpfen der allgemeinen Lehrer und Sonderpädagogen, aber auch bei Eltern ist immer noch viel Erklärungsbedarf und Überzeugungskraft vonnöten, um den Rechtsanspruch auf Inklusion auf Dauer im Interesse der Konvention und der behinderten Kinder – auch in den Köpfen der deutschen Gesellschaft – durchzusetzen.

#### Artikel 24 Bildung

(1) Die Vertragsstaaten anerkennen das Recht von Menschen mit Behinderungen auf Bildung. Um dieses Recht ohne Diskriminierung und auf der Grundlage der Chancengleichheit zu verwirklichen, gewährleisten die Vertragsstaaten ein integratives Bildungssystem auf allen Ebenen und lebenslanges Lernen mit dem Ziel,

- die menschlichen Möglichkeiten sowie das Bewusstsein der Würde und das Selbstwertgefühl des Menschen voll zur Entfaltung zu bringen und die Achtung vor den Menschenrechten, den Grundfreiheiten und der menschlichen Vielfalt zu stärken;
- Menschen mit Behinderungen ihre Persönlichkeit, ihre Begabungen und ihre Kreativität sowie ihre geistigen und körperlichen Fähigkeiten voll zur Entfaltung bringen zu lassen;
- Menschen mit Behinderungen zur wirklichen Teilhabe an einer freien Gesellschaft zu befähigen.

(2) Bei der Verwirklichung dieses Rechts stellen die Vertragsstaaten sicher, dass

- Menschen mit Behinderungen nicht aufgrund von Behinderung vom allgemeinen Bildungssystem ausgeschlossen werden und dass Kinder mit Behinderungen nicht aufgrund von Behinderung vom unentgeltlichen und obligatorischen Grundschulunterricht oder vom Besuch weiterführender Schulen ausgeschlossen werden;
- Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen in der Gemeinschaft, in der sie leben, Zugang zu einem integrativen, hochwertigen und unentgeltlichen Unterricht an Grundschulen und weiterführenden Schulen haben;
- angemessene Vorkehrungen für die Bedürfnisse des Einzelnen getroffen werden;
- Menschen mit Behinderungen innerhalb des allgemeinen Bildungssystems die notwendige Unterstützung geleistet wird, um ihre erfolgreiche Bildung zu erleichtern;
- in Übereinstimmung mit dem Ziel der vollständigen Integration wirksame individuell angepasste Unterstützungsmaßnahmen in einem Umfeld, das die bestmögliche schulische und soziale Entwicklung gestattet, angeboten werden.

(3) Die Vertragsstaaten ermöglichen Menschen mit Behinderungen, lebens-

praktische Fertigkeiten und soziale Kompetenzen zu erwerben, um ihre volle und gleichberechtigte Teilhabe an der Bildung und als Mitglieder der Gemeinschaft zu erleichtern. Zu diesem Zweck ergreifen die Vertragsstaaten geeignete Maßnahmen; unter anderem

a) erleichtern sie das Erlernen von Brailleschrift, alternativer Schrift, ergänzenden und alternativen Formen, Mitteln und Formaten der Kommunikation, den Erwerb von Orientierungs- und Mobilitätsfertigkeiten sowie die Unterstützung durch andere Menschen mit Behinderungen und das Mentoring;

b) erleichtern sie das Erlernen der Gebärdensprache und die Förderung der sprachlichen Identität der Gehörlosen;

c) stellen sie sicher, dass blinden, gehörlosen oder taubblinden Menschen, insbesondere Kindern, Bildung in den Sprachen und Kommunikationsformen und mit den Kommunikationsmitteln, die für den Einzelnen am besten geeignet sind, sowie in einem Umfeld vermittelt wird, das die bestmögliche schulische und soziale Entwicklung gestattet.

(4) Um zur Verwirklichung dieses Rechts beizutragen, treffen die Vertragsstaaten geeignete Maßnahmen zur Einstellung von Lehrkräften, einschließlich solcher mit Behinderungen, die in Gebärdensprache oder Brailleschrift ausgebildet sind, und zur Schulung von Fachkräften sowie Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen auf allen Ebenen des Bildungswesens. Diese Schulung schließt die Schärfung des Bewusstseins für Behinderungen und die Verwendung geeigneter ergänzender und alternativer Formen, Mittel und Formate der Kommunikation sowie pädagogische Verfahren und Materialien zur Unterstützung von Menschen mit Behinderungen ein.

(5) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass Menschen mit Behinderungen ohne Diskriminierung und gleichberechtigt mit anderen Zugang zu allgemeiner Hochschulbildung, Berufsausbildung, Erwachsenenbildung und lebenslangem Lernen haben. Zu diesem Zweck stellen die Vertragsstaaten sicher, dass für Menschen mit Behinderungen angemessene Vorkehrungen getroffen werden.

## Stromzähler-Urteil

Gerichtshof der Europäischen Union

PRESSEMITTEILUNG Nr. 84/15  
Luxemburg, den 16. Juli 2015

Urteil in der Rechtssache C-83/14  
CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD / Komisia za zashtita ot diskriminatsia

**Die Anbringung von Stromzählern in einer unzugänglichen Höhe in einem Stadtteil, in dem vor allem Roma wohnen, ist geeignet, eine Diskriminierung aus Gründen der ethnischen Herkunft darzustellen, wenn die gleichen Zähler in anderen Stadtteilen in normaler Höhe angebracht sind.**

*Selbst wenn erwiesen wäre, dass in diesem Stadtteil Zähler manipuliert oder beschädigt wurden, erscheint eine solche Praxis im Hinblick auf die beiden Ziele, die Sicherheit des Elektrizitätsnetzes und die ordnungsgemäße Erfassung des Stromverbrauchs zu gewährleisten, als unverhältnismäßig*

Gemäß einer Richtlinie der Union über die Gleichbehandlung<sup>1</sup> ist jegliche Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft verboten. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

Frau Nikolova betreibt in der Stadt Dupnitsa (Bulgarien) ein Lebensmittelgeschäft in dem Stadtteil „Gizdova mahala“, in dem vor allem Personen mit Roma-Herkunft wohnen.

In den Jahren 1999 und 2000 installierte das Stromversorgungsunternehmen CHEZ RB in diesem Stadtteil die Stromzähler aller ihrer Kunden an den Betonmasten des Freileitungsnetzes in einer Höhe von sechs bis sieben Metern. In den anderen Vierteln der Stadt (in denen weniger Roma wohnen) ließ CHEZ RB die Zähler hingegen in einer Höhe von 1,70 Meter installieren, meist direkt in den Wohnungen der Kunden oder an Fassaden oder Zäunen. Nach Ansicht von CHEZ RB wurde diese unterschiedliche Behandlung durch eine erhöhte Zahl von Manipulationen und

Beschädigungen der Zähler und zahlreiche illegale Stromentnahmen in dem fraglichen Stadtteil gerechtfertigt.

Im Dezember 2008 erhob Frau Nikolova bei der Komisia za zashtita ot dikriminatsia (KZD) (Kommission für den Schutz vor Diskriminierung) eine Beschwerde mit der Begründung, die Installation der Zähler an einem unzugänglichen Ort beruhe darauf, dass die meisten Bewohner des fraglichen Stadtteils Personen mit Roma-Herkunft seien. Obwohl sie selbst keine Roma sei, werde auch sie durch diese Praxis von CHEZ RB diskriminiert.

Die KZD kam zu dem Schluss, dass Frau Nikolova im Vergleich zu Kunden, deren Zähler an leicht zugänglichen Orten installiert worden waren, tatsächlich diskriminiert worden sei. Gegen diese Entscheidung erhob CHEZ RB Klage beim Verwaltungsgericht Sofia-Stadt (Administrativen sad Sofia-grad). Dieses Gericht reichte beim Gerichtshof ein Vorabentscheidungsersuchen ein, um klären zu lassen, ob die beanstandete Praxis eine unzulässige Diskriminierung aus Gründen der ethnischen Herkunft darstellt.

In seinem heutigen Urteil stellt der Gerichtshof zunächst klar, dass **der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht nur auf Personen mit einer bestimmten ethnischen Herkunft anwendbar ist, sondern auch auf Personen, die zwar selbst nicht die betreffende Herkunft aufweisen, die aber durch eine diskriminierende Maßnahme zusammen mit den Personen, die diese Herkunft aufweisen, weniger günstig behandelt oder in besonderer Weise benachteiligt werden.**

Zweitens weist der Gerichtshof darauf hin, dass der Umstand, dass in dem fraglichen Stadtteil auch Bewohner leben, die keine Roma sind, es als solcher nicht ausschließt, dass die fragliche Praxis aufgrund der ethnischen Herkunft (d. h. der Roma-Herkunft) des überwiegenden Teils der Bewohner dieses Stadtteils eingeführt wurde. Es ist indessen Sache des bulgarischen Gerichts, **sämtliche mit dieser Praxis zusammenhängenden Umstände zu würdigen, um festzustellen, ob diese Praxis tatsächlich aus einem solchen**

**ethnischen Grund eingeführt wurde und damit eine unmittelbare Diskriminierung im Sinne der Richtlinie darstellt.**

Zu den in diesem Zusammenhang zu berücksichtigenden Gesichtspunkten gehört insbesondere der Umstand, dass die streitige Praxis nur in Stadtteilen eingeführt wurde, in denen überwiegend bulgarische Staatsangehörige mit Roma-Herkunft wohnen. Außerdem spricht die Tatsache, dass CHEZ RB bei der KZD behauptet hat, die Beschädigungen und illegalen Stromentnahmen seien hauptsächlich von Roma begangen worden, dafür, dass die streitige Praxis auf ethnischen Stereotypen oder Vorurteilen beruht.

Das bulgarische Gericht wird darüber hinaus zu berücksichtigen haben, dass die streitige Praxis einen zwingenden, verallgemeinerten und dauerhaften Charakter trägt. Denn zum einen wurde sie unterschiedslos auf alle Einwohner des Stadtteils unabhängig davon erstreckt, ob deren individuelle Verbrauchszähler Gegenstand von Manipulationen oder illegalen Stromentnahmen waren und wer diese gegebenenfalls verübt hatte. Die fragliche Praxis kann deshalb so aufgefasst werden, dass die Bewohner dieses Stadtteils in ihrer Gesamtheit als potenzielle Urheber derartiger illegaler Handlungen angesehen werden. Der Gerichtshof weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die fragliche Praxis eine **ungünstige Behandlung** der Bewohner des betreffenden Stadtteils darstellt, weil sie zum einen einen beleidigenden und stigmatisierenden Charakter trägt und es zum anderen für die Betroffenen außerordentlich schwierig, wenn nicht unmöglich ist, ihren Stromzähler abzulesen, um ihren Verbrauch zu kontrollieren.

Drittens weist der Gerichtshof für den Fall, dass das bulgarische Gericht die streitige Praxis nicht als eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft beurteilen sollte, darauf hin, dass **es sich bei dieser Praxis grundsätzlich um eine mittelbare Diskriminierung handeln könnte**. Auch wenn nämlich diese Praxis ausschließlich deshalb ins Werk gesetzt worden sein sollte, um in dem fraglichen Stadt-

teil vorgekommenen Manipulationen und Beschädigungen entgegenzuwirken, verhielte es sich dennoch so, dass sie auf dem Anschein nach neutralen Kriterien beruht, aber gleichzeitig in erheblich größerem Maße Personen mit Roma-Herkunft beeinträchtigt. **Sie würde damit Personen mit einer derartigen ethnischen Herkunft in besonderer Weise benachteiligen.**

Insofern stellt der Gerichtshof fest, dass die Gewährleistung der Sicherheit des Elektrizitätsnetzes und die ordnungsgemäße Erfassung des Stromverbrauchs zwar rechtmäßige Ziele bilden, die grundsätzlich eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten. Allerdings obläge CHEZ RB der Nachweis, dass in dem betreffenden Stadtteil tatsächlich Manipulationen und Beschädigungen von Stromzählern begangen wurden und dass eine solche Gefahr noch immer besteht. Auch wenn es sich bei der streitigen Praxis um ein zur Erreichung der angegebenen Ziele geeignetes Mittel handelt, stellt der Gerichtshof jedoch klar, dass von dem bulgarische Gericht zu prüfen sein wird, ob es nicht andere geeignete und weniger einschneidende Mittel gibt, um den aufgetretenen Probleme zu begegnen.

**Der Gerichtshof weist ferner darauf hin, dass selbst dann, wenn es keine andere ebenso wirksame Maßnahme wie die streitige Praxis geben sollte, um die angegebenen Ziele zu erreichen, diese Praxis im Hinblick auf diese Ziele und die legitimen Interessen der Bewohner des betreffenden Stadtteils als unverhältnismäßig erscheint.** Es wird Sache des bulgarischen Gerichts sein, dies abschließend zu beurteilen, wofür es insbesondere den Umstand zu berücksichtigen haben wird, dass die fragliche Praxis einen beleidigenden oder stigmatisierenden Charakters trägt, sowie die Tatsache, dass mit dieser Praxis den Bewohnern eines gesamten Stadtteils unterschiedslos und seit sehr langer Zeit die Möglichkeit verwehrt wird, ihren Stromverbrauch regelmäßig zu kontrollieren.

## Iranische Physikstudentin

Verwaltungsgericht Berlin

Pressemitteilung Nr. 39/2015 vom 22.10.2015

**EuGH soll Sicherheitsvorbehalt bei Studentenvisa klären**

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) soll klären, welche Grenzen das europäische Recht den Mitgliedstaaten bei der Prüfung setzt, ob von einem drittstaatsangehörigen Studierenden eine Bedrohung für die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit ausgeht.

Die Klägerin ist eine 1985 geborene iranische Hochschulabsolventin. Ihren Abschluss hat sie im Iran an einer auf Technik, Ingenieurwissenschaften und Physik spezialisierten Universität in Teheran erworben. Zur Aufnahme eines Promotionsstudiums an einer deutschen technischen Universität begehrt sie ein Visum. Ihr Forschungsvorhaben im Bereich IT-Sicherheit wird von der deutschen Hochschule mit einem Promotionsstipendium gefördert.

Die Deutsche Botschaft in Teheran lehnte den Antrag ab. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Klägerin ihr in Deutschland in einem kritischen Forschungsbereich erworbenes Wissen missbräuchlich verwende, etwa für militärische, nachrichtendienstliche oder repressive Zwecke. Die iranische Universität werde als regimenah angesehen.

Das Verwaltungsgericht hat Zweifel, ob die Bundesrepublik Deutschland die Klägerin aus diesen Gründen als eine Bedrohung für die öffentliche Sicherheit im Sinne der sog. Europäischen Studentenrichtlinie betrachten darf. Möglicherweise stehe den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten europarechtlich ein Beurteilungsspielraum zu, so dass die Gefahreinschätzung gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar sei. Es hat das Klageverfahren daher ausgesetzt und dem EuGH drei Fragen zur Entscheidung vorgelegt.

Beschluss vom 10. Oktober 2015, VG 19 K 355.13 V

# Verfassungsrechtliche Probleme der Bildungsempfehlung nach dem sächsischen Schulrecht

von Lothar Hermes, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Dresden\*

## 1. Problemstellung

Soll das Kind auf das Gymnasium oder doch eher die Mittelschule/Realschule besuchen? Diese Entscheidung steht für die Eltern von Grundschulern spätestens Mitte der 4. Klassenstufe an. Die weiterführende Schullaufbahn und der Schulabschluss bestimmen maßgeblich über die beruflichen Möglichkeiten. Dementsprechend wird unter Schulpädagogen, Schulpolitikern und Juristen heftig darüber gestritten, wem die maßgebliche Entscheidungskompetenz über die Wahl der Schullaufbahn eines Kindes zustehen soll. Die rechtlichen Ausgangslagen in den Bundesländern reichen von dem Letztentscheidungsrecht der Eltern bis hin zu der staatlichen Bestimmung des Leistungsniveaus, das ein Kind für den Übergang auf ein Gymnasium aufweisen muss. Immerhin überlassen 8 Bundesländer den Eltern die Entscheidung über die weiterführende Schulart, auch bei entgegenstehender Bildungsempfehlung (Berlin, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein).

Verfassungsrechtlich bedeutsam ist die Frage, ob und inwieweit die wesentlichen Regelungen zur Wahl der Schullaufbahn durch den Parlamentsgesetzgeber selbst getroffen werden müssen oder aber dem Ordnungsgeber überlassen werden können.

Am Beispiel Sachsens soll die Rechtslage auf der Ebene des Verfassungsrechts, des einfachen Gesetzes sowie auf der Verordnungsebene dargestellt werden.

## 2. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Wahl des Bildungsweges

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat der Parlamentsgesetzgeber die ihm nach rechtsstaatlichen und demokratischen Grundsätzen obliegenden Leit- und Lenkungenfunktionen auch bei der Ausgestaltung des Schulverhältnisses wahrzunehmen. Folglich hat er die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen und darf sie nicht der Schulverwaltung überlassen.<sup>1</sup> Substantielle Leitentscheidungen des

Parlamentsgesetzgebers sind u. a. erforderlich:

- Maßgebliche Kriterien für den schulischen Grundstatus (Aufnahme und Entlassung des Schülers),
- Maßgebliche Vorgaben für die Schullaufbahn einschließlich des elterlichen Auswahlrechts, der Voraussetzungen für die Versetzung in die jeweils nächsthöhere Klassenstufe, Voraussetzungen für die schulischen Abschlüsse einschließlich der Gliederung des Schulwesens in verschiedene Schularten, für die Reichweite und Einschränkungen der Lernmittelfreiheit.<sup>2</sup>

Der Parlamentsgesetzgeber hat darauf zu achten, dass das Wahlrecht der Eltern zwischen den vom Staat zur Verfügung gestellten Schulformen nicht mehr als notwendig begrenzt wird<sup>3</sup>. Grundsätzlich kann die Zulassung zu einem bestimmten Bildungsgang von einer Eignung des Schülers abhängig gemacht werden.<sup>4</sup>

Mit dem von der Rechtsprechung entwickelten System der „positiven“ und „negativen“ Auslese wird ein verfassungsrechtlicher Rahmen gesetzt, den auszufüllen und zu präzisieren den zuständigen Ländern überlassen bleibt. Bei einer negativen Auswahl darf der Zugang zu bestimmten Bildungsgängen nur verwehrt werden, wenn mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist, dass der Schüler zur erfolgreichen Teilnahme am Unterricht und Abschluss der Schulart nicht in der Lage sein wird (Einrichtung möglichst homogener Unterrichtsgruppe). Bei der positiven Auslese werden diejenigen Bewerber herausgefiltert, die für den jeweiligen Bildungsgang am besten geeignet sind.

Angesichts der enormen Bedeutung der Bildung für den einzelnen hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass jedenfalls für den Zugang zu den allgemeinbildenden Schulen ausschließlich eine Negativauslese zulässig sein soll.<sup>5</sup>

Die Länder müssen die Grundzüge dieser Verfahrensvorgabe als eine für die Schullaufbahn eines jeden Schülers

„wesentliche“ Entscheidung durch entsprechende Vorgaben im Schulgesetz regeln und dürfen die Bestimmung der Entscheidungskriterien nicht allein der Schulverwaltung überlassen<sup>6</sup>. Sofern die Schulformempfehlung durch eine Rechtsverordnung erfolgt, reicht hierfür eine pauschale Regelungsermächtigung nicht aus. Ihre Verbindlichkeit ist nur dann zu rechtfertigen, wenn der Gesetzgeber oder zumindest der Ordnungsgeber den Lehrkräften hinreichend bestimmte Entscheidungskriterien an die Hand gegeben hat<sup>7</sup>. Das OVG Weimar hat in seinem Beschluss vom 22.10.1996 ausgeführt:

*„Die gesetzliche Regelung zum Übergangsverfahren in den gymnasialen Bildungsweg in § 7 II u. VII ThürSchulG (SchulG TH) unterliegt weiterhin verfassungsrechtlichen Bedenken. Sie ergeben sich daraus, daß der Gesetzgeber die Maßstäbe, nach denen die Entscheidung zur Wahl des Bildungsweges zu treffen ist, im Gesetz selbst festlegen muss (im Anschluss an die Senatsbeschlüsse vom 14.3.1995 - 1 EO 522/94 und 1 EO 598/94 - nv -).“<sup>8</sup>*

## 3. Regelungen zur Bildungsempfehlung in Sachsen

### 3.1. Sächsische Verfassung

Das OVG Bautzen hat zur Verfassungsmäßigkeit der Bildungsempfehlung in seinem Beschluss vom 09.10.2013<sup>9</sup> ausdrücklich auf das in Art. 101 II 2 SächsVerf verankerte Recht der Eltern hingewiesen, Erziehung und Bildung der Kinder zu bestimmen; dies schließt das Recht ein, die

\* Kurzfassung eines Vortrages, der im Rahmen der Sächsischen Verwaltungsrechtstage am 29. und 30.05.2015 gehalten wurde

<sup>1</sup> vgl. BVerwGE 47, 201 (203) - Fünftagewoche; 56, 155 (157) - Nichtversetzung; 57, 360 (363) - Sexualkunde), BVerfG 1 BvR 640/80, Tz. 45.

<sup>2</sup> Rux/Niehues, a. a. O. S. 14 m.w.N.

<sup>3</sup> BVerfG, Urt. v. 6.12.1972, BVerfGE 34, 165, 182; SächsOVG, Beschl. vom 09. Oktober 2013 - 2 B 435/13 -, Rn. 16, juris) Badura a. a. O., Rn. 55, 59; Baumann-Hasske a. a. O., Art. 102 Rn. 5

<sup>4</sup> Rux/Niehues, a. a. O., S. 183

<sup>5</sup> BVerfGE 34, 165, 184 f., OVG Weimar LKV 1997, 291; vgl. auch SächsOVG LKV 1994, 450; Rux/Niehues, a. a. O., S. 184

<sup>6</sup> OVG Weimar, Beschluss vom 22.10.1996, 1 EO 539/96

<sup>7</sup> vgl. Huster/Kirsch, RdJB 2010, 212

<sup>8</sup> siehe Fn. 31

Art der Schule zu bestimmen, die die Kinder besuchen sollen. Hierauf ist insbesondere bei dem Zugang zu den verschiedenen Schularten zu achten (Art. 101 II 2 SächsVerf). Weiter führt das Gericht aus:

*„Ebenso anerkannt ist jedoch, dass das Recht des Staates zur schulischen Erziehung der Kinder, vom dem Art. 7 Abs. 1 GG, Art. 103 Abs. 1 SächsVerf ausgeht, dem elterlichen Erziehungsrecht gleichgeordnet ist (vgl. Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Grundgesetz, 11. Aufl., Art. 7 Rn. 15).“*

Es sind Zweifel angebracht, ob der Sächsische Gesetzgeber, erst recht der Verordnungsgeber, die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 101 II 2 SächsVerf hinreichend berücksichtigt hat. Dieser lautet:

*„Das natürliche Recht der Eltern, Erziehung und Bildung ihrer Kinder zu bestimmen, bildet die Grundlage des Erziehungs- und Schulwesens. Es ist insbesondere bei dem Zugang zu den verschiedenen Schularten zu achten.“*

Bei der Bestimmung des Bildungsweges kommt damit dem Elternwillen ein besonderes Gewicht im Verhältnis zu dem Organisationsrecht des Staates im Bereich des Schulwesens zu. Art. 101 II 2 SächsVerf weist im Vergleich zu anderen Länderverfassungen den Eltern ein weitgehendes Mitbestimmungsrecht bei der Wahl des Bildungsweges zu. So heißt es bspw. in Art. 15 III der Verfassung von Baden-Württemberg: *„Das natürliche Recht der Eltern, die Erziehung und Bildung ihrer Kinder mitzubestimmen, muss bei der Gestaltung des Erziehungs- und Schulwesens berücksichtigt werden.“*

In Rheinland-Pfalz etwa ist lediglich das Recht zur Bestimmung der Erziehung, nicht der Bildung in der Verfassung ausdrücklich genannt, Art. 27 Verf. RhL-Pfalz.

Einzig in Thüringen findet sich mit Art. 21 ThürVerf, eine fast wortgleiche Bestimmung wie in Sachsen. Das OVG Weimar hat daher in einer Entscheidung die Bindung des Gesetzgebers an diesen Vorrang des Elternwillens betont.<sup>10</sup>

Aus Art. 7 I GG lässt sich keine Pflicht des Staates ableiten, im Rahmen der Schulorganisation die Aufnahme auf das Gym-

nasium von der Eignung abhängig zu machen. Das ist eine Entscheidung des Landesgesetzgebers. So überlassen 8 Bundesländer den Eltern die Entscheidung über die weiterführende Schulart auch bei entgegenstehender Bildungsempfehlung (Berlin, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein).

### 3.2. Sächsisches Schulgesetz (SchulG)

Gem. § 34 I 1 SchulG entscheiden die Eltern im Anschluss an die Grundschule über alle weiteren Bildungswege auf Empfehlung der Schule. In den Klassenstufen 5 und 6 wird eine weitere Empfehlung durch die Schule ausgesprochen. Über diese sind die Eltern umfassend zu informieren und zu beraten. § 34 II 1 SchulG legt fest, dass über die Aufnahme in die Mittelschule oder das Gymnasium nach der Eignung der Schüler für die jeweilige Schulart und den jeweiligen Bildungsgang entsprechend ihrer Begabung und Leistung entschieden wird. Damit wird jedoch nur abstrakt auf ein nicht näher definiertes Leistungsniveau verwiesen, ohne selbst die Maßstäbe regelnd zu erfassen, die für die drei Formen der Übergangsberechtigung vom Verordnungsgeber beachtet werden müssen.<sup>11</sup> Offen bleibt die Verbindlichkeit der Empfehlung der Schule. Auch wird in § 34 II 2 SchulG nicht klar geregelt, wer letztendlich die Entscheidung über die Aufnahme an das Gymnasium trifft. Bei Berücksichtigung des in Art. 101 II 2 SächsVerf normierten Vorrangs des Elternwillens kann die Letztentscheidung nicht ohne weiteres dem Staat zugeschrieben werden.

Weitere Vorgaben, wer die Letztentscheidung trifft, wie hoch das Leistungsniveau anzusetzen ist und wie das Informations- und Beratungsverfahren zwischen Schule und Eltern vor Erteilung der Empfehlung ausgestaltet sein soll, werden in dem Gesetz nicht getroffen. Die Vorschriften in den Schulgesetzen anderer Bundesländer machen deutlich genauere Vorgaben hinsichtlich Eignung, Leistung und Verfahren.<sup>12</sup>

### 3.3. Verordnungsermächtigung

Gem. § 62 II Nr. 4 SchulG kann das Sächsische Kultusministerium (SMK) das Verfahren über die Aufnahme auf die weiterführenden Schulen einschließlich des Wechsels des Bildungsgangs regeln. Dabei kann die Aufnahme

- von einer der Aufgabenstellung der Schule entsprechenden Prüfung abhängig gemacht werden, Nr. 4a),  
- im notwendigen Umfang beschränkt werden, wenn mehr Bewerber als Ausbildungsplätze vorhanden sind; das Auswahlverfahren ist nach Gesichtspunkten der Eignung, Leistung und Wartezeit unter Berücksichtigung von Härtefällen zu gestalten, Nr. 4b).

Das Verfahren nach § 62 II Nr. 4a SchulG ist unter dem Gesichtspunkt des Art. 75 I 2 SächsVerf nicht unproblematisch. Denn § 34 II 1 SchulG verlangt, dass neben der Leistung auch die Begabung für die Wahl des Bildungsweges maßgeblich sein soll; die Aufnahmeprüfung ist hingegen eine Momentaufnahme des Leistungsstandes. Nach Auffassung des SächsOVG soll die abgelegte Aufnahmeprüfung die Bildungsempfehlung nach § 34 SchulG ersetzen, unabhängig von ihrem Bestehen<sup>13</sup>. Dem ist entgegengehalten worden, dass dann der vom Gesetzgeber geforderte Gesichtspunkt der Begabung, die auf pädagogisch prognostischer Basis zu bewerten ist, gänzlich unter den Tisch fällt<sup>14</sup>.

### 3.4. Schulordnungen

In § 21 II Schulordnung Grundschule (SOGS) wird dem Schüler die Bildungsempfehlung für das Gymnasium erteilt, wenn er in den Fächern Deutsch, Mathematik und Sachunterricht eine Durchschnittsnote von 2,0 oder besser aufweist und in keinem dieser Fächer die erzielte Note schlechter als 3 ist. Zugleich müssen das Lern- und Arbeitsverhalten des Schülers, die Art und Ausprägung seiner schulischen Leistungen und seine bisherige Entwicklung erwarten lassen, dass er den Anforderungen des Gymnasiums in vollem Umfang entsprechen wird.

Die Bildungsempfehlung kann auch noch ausgesprochen werden, wenn der Schüler die erforderlichen Voraussetzungen am Ende des Schuljahres erfüllt, § 21 III SGOS.

<sup>9</sup> Beschluss vom 09. Oktober 2013 – 2 B 435/13 –, Rn. 16, juris

<sup>10</sup> OVG Weimar, Beschl. vom 22.10.1996 – 1 EO 539/96 –,

<sup>11</sup> OVG Weimar, Beschl. vom 22.10.1996 – 1 EO 539/96 –, Rn. 6, juris für eine vergleichbare Regelung im ThürSchulG)

<sup>12</sup> vgl. z.B. Art. 44 BayEUG, §§ 59, 59a NdsSchulG, § 77 HessSchulG

<sup>13</sup> SächsOVG, Beschl. v. 09.11.1993, S. 315/93

<sup>14</sup> Birnbaum, LKV 2002, S. 503 ff (505), der auch die fehlende Wiederholungsmöglichkeit für verfassungsrechtlich bedenklich hält

Mit der durch die Grundschule erteilten Bildungsempfehlung ist an sich nicht endgültig über die Aufnahme auf ein Gymnasium entschieden. Jedoch bestimmt § 6 I Schulordnung Gymnasium und Abendschulen (**SOGYA**), dass ein Schüler nach Abschluss der Klassenstufe 4 (nur) in die Klassenstufe 5 des Gymnasiums aufgenommen werden kann, wenn er die Bildungsempfehlung des Gymnasiums erhalten hat oder die Eignungsprüfung bestanden hat. Die Möglichkeit, dass er aufgenommen werden kann, wenn er zwar die Bildungsempfehlung nicht besitzt, aber freie Plätze zur Verfügung stehen, ist weder in § 6 SOGYA noch an anderer Stelle vorgesehen. Wer keine Bildungsempfehlung für das Gymnasium erhält, findet also auch dann nicht Aufnahme, wo noch Ausbildungsplätze zur Verfügung stehen.

Das SächsOVG hat zutreffend ausgeführt, dass im Rahmen der sich aus Art. 7 I GG, Art. 103 I SächsVerf ergebenden Befugnis des Staates, das Schulsystem zu bestimmen, die Aufnahme des Kindes in die verschiedenen Bildungswege an Zulassungsvoraussetzungen geknüpft werden kann. Es ist mit dem elterlichen Erziehungsrecht vereinbar, dass für den Übertritt auf das Gymnasium Leistungsanforderungen festgelegt werden, die die Kinder bereits beim Eintritt erfüllen müssen, um das Klassenziel zu erreichen und die jeweilige Schule erfolgreich abzuschließen:

*„Soweit er in § 6 Abs. 3 SOGYA den Notendurchschnitt auf besser als 2,0 in den Fächern Deutsch, Mathematik und Englisch einerseits und allen anderen Fächern andererseits festgelegt und die Aufnahme darüber hinaus von einer positiven Prognose über die weitere schulische Entwicklung des Schülers am Gymnasium abhängig gemacht hat, hält sich dies innerhalb*

*des dem Normgeber bei der Bestimmung der für die Aufnahme in die Schule maßgeblichen Kriterien zukommenden weitgehenden Gestaltungsspielraums.“<sup>15</sup>*

Jedoch hat der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber eine Ermächtigung für die Festlegung eines Notendurchschnitts von 2,0 oder besser als Zugangsvoraussetzung für das Gymnasium nicht generell erteilt.

Die Verordnungsermächtigung in § 62 II Nr. 4b) SchulG erlaubt - seinem Wortlaut nach - nur dann den Zugang zum Gymnasium mittels eines Auswahlverfahrens zu beschränken, wenn mehr Bewerber als Ausbildungsplätze vorhanden sind. Auf § 62 II Nr. 4b) SchulG können daher allenfalls Regelungen gestützt werden, die einen Schüler ohne Bildungsempfehlung bei nicht ausreichender Kapazität seines Wunschgymnasiums bereits von dem Auswahlverfahren auszuschließen.

Hingegen dürfte eine auf diese Ermächtigung gestützte Vorschrift in einer Verordnung, die einen bestimmten Notendurchschnitt als Mindestanforderung für den Übertritt auf das Gymnasium vorsieht, mit der Ermächtigungsvorschrift kaum vereinbar sein; sie ist zumindest wegen des grundrechtsbeschränkenden Charakters einer solchen Regelung verfassungsrechtlich bedenklich.

Folglich dürfte in Sachsen bspw. ein Schüler auch dann einen Anspruch auf Aufnahme auf das Gymnasium haben, wenn er in den maßgeblichen Fächern einen Notendurchschnitt von 2,33 erzielt hat und ein freier Platz auf dem von ihm gewünschten Gymnasium vorhanden ist.

Zwar hat der Schüler/die Schülerin auch die Möglichkeit, gem. § 7 I SOGYA an seinem Wunschgymnasium eine Eignungsprüfung abzulegen und bei ihrem Beste-

hen auf das Gymnasium aufgenommen zu werden. Bei dieser Prüfung kommt es aber allein auf die von ihm/ihr an diesem Tag gezeigte Leistung an, es handelt sich damit um einen Momenteindruck am Tag der Prüfung. Die Begabung, als selbständiges Tatbestandsmerkmal neben der Leistung, wie es in § 34 II 1 SchulG gefordert wird, findet keine Berücksichtigung.

Unzureichend geregelt in dem Gesetz wie in der Verordnungsermächtigung ist auch das Verfahren zur Beratung der Eltern. Vor Erteilung der Bildungsempfehlung findet auch keine vorhergehende Beratung statt.

#### 4. Fazit

Entgegen der Vorgabe des Art. 101 II SächsVerf, hat der Verordnungsgeber bei der Wahl des Bildungsweges der staatlichen Entscheidung Vorrang gegenüber dem Elternwillen eingeräumt. Damit könnte der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes verletzt sein. Die Bestimmungen in § 21 SOGS und § 6 I SOGYA, die die Aufnahme auf ein Gymnasium von dem Erlangen eines Notendurchschnitt abhängig machen, sind im Hinblick auf den Wortlaut der Verordnungsermächtigung des § 62 II Nr. 4 b) SchulG zumindest als problematisch zu bezeichnen. Denn diese Vorschrift sieht die Durchführung eines Auswahlverfahrens nur dann vor, wenn den Bewerbern keine ausreichende Anzahl an Ausbildungsplätzen gegenüber steht. Eine Verletzung von Art. 80 I 2 GG bzw. Art. 75 I 2 SächsVerf kann damit nicht ausgeschlossen werden. Auch ist zweifelhaft, ob die Vorgaben des § 34 SchulG in § 62 II Nr. 4a) und b) SchulG und in § 7 SOGYA eingehalten werden.

<sup>15</sup> Birnbaum, LKV 2002, S. 503 ff (505), der auch die fehlende Wiederholungsmöglichkeit für verfassungsrechtlich bedenklich hält

#### IMPRESSUM:

Der BÖR REPORT ist eine Publikation der Bundesvereinigung Öffentliches Recht e.V., Berlin. Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben die Meinung des Verfassers, nicht unbedingt die Auffassung der Redaktion oder der BÖR wieder. Nachdruck und Vervielfältigung, auch auszugsweise, nur mit schriftlicher Genehmigung. Für unverlangt eingesandte Manuskripte und Fotos wird keine Gewähr übernommen.

Redaktion: Henriette Lüning, Barbara Strauß, Martin Brilla

Verantwortlich: Martin Brilla, Bundesvereinigung Öffentliches Recht BÖR e.V., Friedrichstr. 95, Postbox 125, 10117 Berlin/Deutschland

Telefon: +49 (0)30 - 200 59 777 oder +49 (0)30 - 206 49 248

E-Mail: berlin@boer-ev.de

#### BÖR REPORT 2015

Telefax: +49 (0)30 - 206 49 249