



## Verwaltungsgericht Hamburg

# Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 15, am 2. August 2010 durch

den Richter am Verwaltungsgericht  
den Richter am Verwaltungsgericht  
den Richter am Verwaltungsgericht

### **beschlossen:**

Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, die Antragstellerin zum Beginn des Schuljahres 2010/2011 vorläufig in die Jahrgangsstufe 5 des xxx-Gymnasiums aufzunehmen.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragsgegnerin bei einem Streitwert von 5.000 €.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten und sonst von der Entscheidung Betroffenen die Beschwerde an das Obergericht zu. Sie ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses schriftlich beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Die Beschwerdefrist wird auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Hamburgischen Obergericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, eingeht.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Hamburgischen Obergericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern ist oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

Eine Beschwerde in Streitigkeiten über Kosten, Gebühren und Auslagen ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt.

Der Beschwerde sowie allen Schriftsätzen sollen Abschriften für die Beteiligten beigelegt werden.

Vor dem Obergericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Obergericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte und Rechtslehrer an

einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Ferner sind die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) bezeichneten Personen und Organisationen als Bevollmächtigte zugelassen. Ergänzend wird wegen der weiteren Einzelheiten auf § 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 4 und Abs. 5 VwGO verwiesen.

Hinsichtlich der Festsetzung des Streitwertes steht den Beteiligten die Beschwerde an das Hamburgische Obergericht zu. Die Streitwertbeschwerde ist schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Sie ist spätestens innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt hat, einzulegen.

Soweit die Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nicht durch das Verwaltungsgericht zugelassen worden ist, ist eine Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nur gegeben, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt.

**Gründe:**

I.

Die Antragstellerin begehrt im Wege der einstweiligen Anordnung die vorläufige Aufnahme in die Jahrgangsstufe 5 des xxx-Gymnasiums.

Die Antragstellerin wurde 2000 in Teheran/Iran geboren. Sie lebt mit ihren Eltern in Hamburg-Rothenbaum. Ihre Familie zog im Jahr 2009 nach Deutschland, wo die Antragstellerin seit August 2009 die Grundschule xxx besuchte. Dort erhielt sie eine Empfehlung für den Besuch des Gymnasiums als weiterführende Schule.

Am 1. Februar 2010 meldeten ihre Eltern die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin für den Übergang in die Klasse 5 an. Vorrangig wünschten sie für das Kind das xxx-Gymnasium. Zweitwunsch war das Gymnasium xxx.

Das xxx-Gymnasium gehört zu jenen 12 Hamburger Gymnasien, die bilingualen Unterricht in Englisch anbieten. Im innerstädtischen Bereich gibt es mit diesem Profil sonst lediglich das Gymnasium xxx. Die anderen Gymnasien mit einem solchen Unterrichtsprofil befinden sich in Othmarschen, Rissen, Lohbrügge, Marmstorf, Farmsen, Rahlstedt, Wohldorf-Ohlstedt, Niendorf und Bergedorf. Außerdem kann am xxx-Gymnasium neben dem deutschen Abitur wie ansonsten in Hamburg nur am xxx-gymnasium in Bergedorf das International Baccalaureate Diploma (IB) erworben werden. Dieser Abschluss wird von der in Genf ansässigen xxx vergeben und berechtigt in einer Vielzahl von Ländern zum Hochschulzugang.

Im Folgenden verteilte die Antragsgegnerin die vorhandenen Schulplätze auf der Grundlage ihrer „Handreichung für Schulleitungen zur Organisation der Klassen 5 und 7 an weiterführenden Schulen“ aus dem Januar 2010 dergestalt, dass bei einer nicht ausreichenden Zahl von mit Erstwunsch nachgefragten Plätzen an einer Schule zuerst Härtefälle berücksichtigt wurden, in denen der Ermessensspielraum durch besondere Lebensumstände eingeschränkt war. Dies betraf beim xxx-Gymnasium 3 Schüler. Hiernach wurden 38 Schüler und Schülerinnen, die Geschwister haben, welche bereits

die gewünschte Schule besuchen, vorrangig aufgenommen. Die danach verbleibenden Plätze wurden anhand der Schulweglänge verteilt. Den letzten auf diese Weise verteilten Platz erhielt ein Bewerber, der nach der von der Antragsgegnerin zur Bemessung des Schulwegs verwendeten Software 2,047 km von der Schule entfernt wohnt. Ein weiteres Kind wurde aufgrund eines Büroversehens trotz eines deutlich weiteren Schulwegs aufgenommen. Auf diese Weise wurden 113 Schüler aufgenommen und auf 3 Klassen mit je 28 Kindern und eine Klasse mit 29 Kindern verteilt.

Mit Bescheid vom 29. März 2010 teilte das xxx-Gymnasium den Eltern der Antragstellerin, die 2,274 km von der Schule entfernt wohnt, mit, dass es die Antragstellerin aufgrund großer Nachfrage nicht aufnehmen könne.

Unter dem 6. April 2010 teilte das xxx-Gymnasium der Familie mit, dass die Antragstellerin zum kommenden Schuljahr in die 5. Klasse dieses Gymnasiums aufgenommen worden sei.

Mit Schriftsatz vom 13. April 2010 legten die Eltern für die Antragstellerin unter Vorlage einer Erklärung ihrer bisherigen Klassenlehrerin an der Grundschule xxx Widerspruch ein: Ihre Tochter habe es trotz aufgrund ihres Umzugs nach Deutschland und ihrer neuen Lebenssituation bestehender anfänglicher Schwierigkeiten geschafft, sich in die Grundschulklasse einzufügen und dort drei Freundinnen gefunden. Für sie und ihren schulischen Erfolg sei es wichtig, weiterhin zusammen mit diesen Freundinnen, die einen Platz am xxx-Gymnasium erhalten hätten, die Schule besuchen zu können. Außerdem sei der Schulweg zum xxx-Gymnasium mit 2,3 km Fußweg und 2,7 km Autofahrweg kürzer als zum xxx-Gymnasium mit 5,1 km Fußweg und 5,5 km Autofahrweg. Fehlerhaft sei es überdies, dass ihr Zweitwunsch überhaupt nicht berücksichtigt worden sei. Mit der Wahl des xxx-Gymnasiums bzw. des xxxer Gymnasiums sei darüber hinaus der Wunsch verbunden gewesen, der Antragstellerin ein bilinguales Ausbildungsprofil und die damit verbundene Vermittlung guter und umfassender Englischkenntnisse zugänglich zu machen. Die bilinguale Ausrichtung bereite besser auf das immer internationaler werdende Leben vor. Das Profil der Schulen spiele dabei auch eine gewichtige Rolle vor dem Hintergrund, dass die Mutter der Antragstellerin auf der Universität Teheran Englisch studiert habe und von Beruf Dolmetscherin sei und ihr Vater in Flensburg Maschinenbau studiert habe.

Mit Widerspruchsbescheid vom 29. Juni 2010 wies die Antragsgegnerin den Widerspruch zurück: Die Aufnahmekapazität des xxx-Gymnasium sei erschöpft. Dort würden in 3 Klassen je 28 und in eine Klasse 29 Kinder aufgenommen. Das überzählige Kind sei aufgrund eines bloßen Büroversehens aufgenommen worden; 3 Kinder seien als Härtefall anerkannt worden. 109 Kinder hätten entweder Geschwisterkinder auf der Schule oder aber einen kürzeren Schulweg als die Antragstellerin; der längste Schulweg eines am xxx-Gymnasium aufgenommenen Kindes betrage 2,047 km. Das hamburgische Schulrecht verleihe kein subjektives Recht auf den Besuch einer bestimmten Schule. Eine Überschreitung der gesetzlichen Soll-Stärke komme nicht in Betracht. Auch der Umstand, dass am xxx-Gymnasium ein bestimmtes Profil, nämlich bilingualer Unterricht, angeboten werde, begründe keine andere Entscheidung. Dass die Eltern sich gerade wegen des besonderen Bildungsangebotes einer Schule für diese entschieden hätten, stelle kein berücksichtigungsfähiges Auswahlkriterium nach § 42 Abs. 7 HmbSG dar. Bei einem Überhang an Anmeldungen dürfe die Schule die aufzunehmenden Kinder ausschließlich nach den gesetzlich vorgesehenen Kriterien der Ermöglichung altersangemessener Schulwege, der gemeinsamen schulische Betreuung von Geschwistern und des vorherigen Besuchs der angeschlossenen Vorschulklasse auswählen. Auch könne der Umstand, dass die Antragstellerin erst seit einem Jahr in Deutschland lebe und der Fortbestand der Freundschaft zu ihren drei Freundinnen, die am xxx-Gymnasium einen Platz erhalten hätten, gefährdet wäre, nicht berücksichtigt werden. Dies stelle keine unzumutbare Härte dar. Der Antragstellerin sei zumutbar, sich am xxx-Gymnasium neu einzuleben. Erfahrungsgemäß falle dies auch leichter, wenn eine Klasse neu zusammengesetzt werde, wie es bei den fünften Klassen zum Schuljahresbeginn der Fall sei, da die Schule gezielte Kennenlernaktivitäten unternehme und die Kinder gegenüber ihren Mitschülern und Mitschülerinnen noch recht aufgeschlossen seien. Im Übrigen sei der Schulweg von der Warburgstraße zum xxx-Gymnasium mit dem Bus in einer halben Stunde (inkl. Fußwegen) zurückzulegen und einem zehnjährigen Kind zumutbar. Am Gymnasium xxx seien ebenfalls alle Plätze in den neuen fünften Klassen belegt mit Kindern, deren Schulweglänge maximal 1,5 km betrage.

Mit Schreiben vom 5. Juli 2010 baten die Eltern der Antragstellerin die Antragsgegnerin unter Vorlage eines Attestes einer Diplom-Psychologin, die mit der Antragstellerin und

ihren Eltern „mehrere familientherapeutische Beratungssitzungen“ durchgeführt hatte, die Aufnahme der Antragstellerin in das xxx-Gymnasium erneut zu prüfen.

Am 8. Juli 2010 hat die Antragstellerin durch ihre Eltern bei Gericht unter gleichzeitiger Klageerhebung den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt mit dem Ziel, die Antragsgegnerin zu verpflichten, sie vorläufig in die Jahrgangsstufe 5 des xxx-Gymnasiums aufzunehmen. Sie bezieht sich im Wesentlichen auf ihren bisherigen Vortrag.

Die Antragsgegnerin tritt dem Begehren entgegen und verweist zur Begründung auf den Widerspruchsbescheid.

## II.

Der zulässige Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung führt auch in der Sache zum Erfolg.

Der begehrten Regelungsanordnung (§ 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO) steht nicht entgegen, dass sie die Entscheidung in der Hauptsache vorweg nimmt. Zwar darf die einstweilige Anordnung grundsätzlich keine vollendeten Tatsachen schaffen. Es gilt deshalb das Verbot, die Hauptsacheentscheidung vorwegzunehmen. Eine Ausnahme ist jedoch aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) zulässig, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache zu spät käme und der geltend gemachte Anspruch mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit besteht. Dies ist hier der Fall. Ihren Anspruch auf Aufnahme zum Schuljahresbeginn in eine 5. Klasse des xxx-Gymnasiums kann die Antragstellerin nur im Eilverfahren erstreiten. Sie hat insoweit gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft gemacht, dass ihr der geltend gemachte Anspruch sehr wahrscheinlich zusteht (unten 1.) und dass zudem ein Anordnungsgrund vorliegt (unten 2.).

1. Die Antragstellerin hat mit hoher Wahrscheinlichkeit einen Anspruch auf Aufnahme in eine 5. Klasse des xxx-Gymnasiums zum kommenden Schuljahr.

Maßgebliche materielle Rechtsgrundlage dieses Anspruchs, an deren Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht das Gericht nicht zweifelt (unten a), ist § 1 S. 4 i.V.m. § 42 Abs. 7 HmbSG.

§ 1 HmbSG lautet:

„Jeder junge Mensch hat das Recht auf eine seinen Fähigkeiten und Neigungen entsprechende Bildung und Erziehung und ist gehalten, sich nach seinen Möglichkeiten zu bilden. Dies gilt ungeachtet seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen oder einer Behinderung. Das Recht auf schulische Bildung und Erziehung wird durch ein Schulwesen gewährleistet, das nach Maßgabe dieses Gesetzes einzurichten und zu unterhalten ist. Aus dem Recht auf schulische Bildung ergeben sich individuelle Ansprüche, wenn sie nach Voraussetzungen und Inhalt in diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes bestimmt sind.“

In § 42 Abs. 7 HmbSG heißt es weiter:

„Bei der Anmeldung von Schülerinnen und Schülern ist anzugeben, an welcher Schule das Kind nach Möglichkeit aufgenommen werden soll; es sollen Zweit- und Drittwünsche für den Fall erschöpfter Kapazitäten genannt werden. Übersteigt die Zahl der Anmeldungen für eine Schule deren Aufnahmefähigkeit, werden Schülerinnen und Schüler in anderen Schulen aufgenommen. Maßgeblich sind die geäußerten Wünsche und die Ermöglichung angemessener Schulwege, die gemeinsame schulische Betreuung von Geschwistern sowie der Besuch der Schulklasse an der angewählten Primarschule....“

§§ 1 S. 4, 42 Abs. 7 HmbSG begründen keinen individuellen Anspruch auf ein bestimmtes Lern- und Leistungsniveau in der schulischen Bildung, wohl aber ein subjektiv-öffentliches Recht darauf, dass ein Kind im Rahmen der vorhandenen Kapazitäten in die gewünschte Schule aufgenommen wird (*vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 27.7.2004, 1 Bs 306/04, Juris Rn. 5*). Sind die Kapazitäten erschöpft, kann es beanspruchen, dass über seine Aufnahme nach § 42 Abs. 7 HmbSG in einem ordnungsgemäßen Verfahren ermessensfehlerfrei entschieden wird (*vgl. OVG Hamburg, Beschlüsse vom 27.7.2005, 1 Bs 205/05, Juris Rn. 9, 14; vom 2.8.2005, 1 Bs 228/05; vom 29.8.2005, 1 Bs 258/05, Juris Rn. 4 f.; vgl. auch VG Hamburg, Beschluss vom 12.8.2005, 2 E 2401/05*). Zwar hat die Antragsgegnerin auf der Grundlage ihrer ermessensbindenden Verwaltungsvorschrift zutreffend entschieden, dass die Antragstellerin keinen Platz an

ihrer Wunschschiele erhalten könne (unten b). Gleichwohl sind die Anspruchsvoraussetzungen für ihre Aufnahme hier mit hoher Wahrscheinlichkeit erfüllt, da das Vergabeverfahren nicht ermessensfehlerfrei durchgeführt wurde und die Ablehnung der Antragstellerin hierauf beruht (unten d). Deshalb kann offenbleiben, ob das xxx-Gymnasium keine regulären freien Kapazitäten für weitere Schüler mehr hat (unten c).

a) Das Gericht zweifelt nicht an der Vereinbarkeit der hier maßgeblichen Gesetzesvorschriften, insbesondere des § 42 Abs. 7 HmbSG, mit höherrangigem Recht.

Insbesondere wird dem Vorbehalt des Gesetzes hinreichend dadurch genügt, dass die grundlegenden Aufnahmekriterien (geäußerte Wünsche, gemeinsame schulische Betreuung von Geschwistern, altersangemessener Schulweg) hinreichend genau spezifiziert sind (vgl. dazu Niehues, *Schul- und Prüfungsrecht Bd. 1, Schulrecht, 4. Auflage 2006, Rn. 624*). Eine ausdrückliche Härteregelung fehlt in Hamburg, anders als in manchen Schulgesetzen der anderen Bundesländer. Die im Gesetz bisher nicht weiter statuierte Möglichkeit, Härtefällen vorrangig einen Schulplatz zuzuweisen, kann jedoch über das Kriterium der Wünsche erfasst werden, da es sich in Härtefällen um solche Wünsche handelt, die auf einer objektiv unabweisbaren Grundlage beruhen. Eine detailliertere Regelung, die insbesondere die einzelnen Kriterien noch weiter ausdifferenziert und das Gewicht der einzelnen Zuteilungskriterien untereinander genauer beschreibt, ist möglich, aber durch Art. 20 Abs. 2 GG nicht geboten. Eine genauere Steuerung der Vergabe von Schulplätzen durch den Gesetzgeber würde der Verwaltung den nötigen Spielraum nehmen, um auf Besonderheiten und sich oft plötzlich verändernde Verhältnisse – z.B. besondere Nachfragerwellen oder sich ausdifferenzierende Schulprofile - flexibel und schnell reagieren zu können.

Auch materiell genügt das Gesetz den verfassungsrechtlichen Vorgaben.

Dem durch Art. 6 Abs. 2 GG geschützten Elternrecht wird durch den Umstand, dass der Elternwunsch ein maßgebliches Kriterium für die Zuteilung eines Schulplatzes ist, hinreichend Rechnung getragen.

Die beiden hier maßgeblichen weiteren Kriterien, der altersangemessene Schulweg sowie die gemeinsame Betreuung von Geschwistern, sind am Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu messen. Dieser verbietet, wesentlich Gleiches ungleich, und gebietet, wesentlich Ungleiches entsprechend seiner Eigenart ungleich zu behandeln. Dabei liegt es grundsätzlich in der Zuständigkeit des Gesetzgebers, diejenigen Sachverhalte auszuwählen, an die er dieselbe Rechtsfolge knüpft, die er also im Rechtssinn als gleich ansehen will. Der Gesetzgeber muss seine Auswahl allerdings sachgerecht treffen (*vgl. z.B. m.w.N. BVerfG, Beschluss vom 17.7.2003, BVerfGE 108, 186 ff., Juris Rn. 164*). Dies ist dann der Fall, wenn für die getroffene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestanden, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen konnten (*vgl. m.w.N. BVerfG, Beschluss vom 6.7.2004, BVerfGE 111, 176 ff., Juris Rn. 29*). Dabei ist nicht zu untersuchen, ob der Gesetzgeber die gerechteste und zweckmäßigste Regelung getroffen hat; relevant ist vielmehr, ob die äußersten Grenzen gewahrt sind (*m.w.N. BVerwG, Urteil vom 19.10.1966, BVerwGE 25, 147 ff., Juris Rn. 9.*).

Angesichts des Umstandes, dass es sich bei der hier maßgeblichen Einschulung in die Sekundarstufe derzeit um Kinder in einem Alter von ungefähr 10 Jahren handelt, stellt ein altersangemessener Schulweg zweifellos noch ein sachgerechtes Unterscheidungskriterium dar.

Entsprechendes gilt auch für die gemeinsame schulische Betreuung von Geschwistern (*vgl. entsprechend VerfGH Berlin, Beschluss vom 19.2.2007, 180/06, Juris Rn. 38 ff.; offen lässt die Verfassungsmäßigkeit des Geschwisterprivilegs OVG Bremen, Beschluss vom 4.10.2001, 1 B 363/01, Juris Rn. 10*). Der Gesetzgeber hat hinsichtlich dieses Kriteriums einen weiten Spielraum, den er in nicht zu beanstandender Weise ausgefüllt hat. Zwar fehlt in den Schulgesetzen der meisten Bundesländer ein solches Geschwisterprivileg, wie es auch bisher im Hamburgischen Schulgesetz nicht ausdrücklich geregelt war, sondern allein auf einer Verwaltungspraxis beruhte, die vor Gericht mangels hinreichender Grundlage im Gesetz keinen Bestand hatte (*so OVG Hamburg, Beschluss vom 26.8.2009, 1 Bs 159/09, Juris Rn. 7; zuvor bereits VG Hamburg, Beschlüsse vom 12.8.2009, 2 E 1856/09 und vom 24.7.2008, 15 E 1874/08, Juris Rn. 30 ff.; ähnlich auch bereits OVG Bremen, Beschluss vom 4.10.2001, 1 B 363/01, Juris Rn. 7 ff.; anders aber auf ähnlicher rechtlicher Grundlage VG Berlin, z. B. Beschlüsse vom 5.7.2007, 9 A 91.07, Juris Rn. 15, und vom 15. 7. 2008, 9 A 147.08, Juris*

Rn. 20; VGH Mannheim, Beschluss vom 10.9.2009, 9 S 1950/09, Juris Rn. 11). Erst mit der Novellierung des Hamburgischen Schulgesetzes vom 20. Oktober 2009 ist das Geschwisterprivileg ausdrücklich dort aufgenommen worden.

Das Geschwisterprivileg beruht als Differenzierungskriterium zwischen den Bewerbern um einen Schulplatz auf einer ausreichenden tatsächlichen und auch zutreffend bewerteten Grundlage. Zwar verweist der Gesetzgeber selbst in der Gesetzesbegründung (*Bü-Drs. 19/3195 S. 18*), die von „der familienpolitisch wünschenswerten Privilegierung der Geschwister“ spricht, im Weiteren wesentlich auf Umstände, die für Erstklässler maßgeblich sind. Das Geschwisterprivileg ist jedoch auch im Bereich der Sekundarstufe noch sachgerecht, obwohl es bei diesen älteren Kindern nicht mehr vorrangig den Hintergrund des gemeinsam zurückgelegten Schulwegs hat. Gerade bei zunehmender Berufstätigkeit beider Elternteile und angesichts der Vielzahl allein erziehender Eltern kann ein älteres Geschwisterkind, welches eine Schule bereits aus eigener Erfahrung kennt, das jüngere Kind erheblich unterstützen und hierdurch die Eltern entlasten. Im Falle weiterführender Schulen, die ein besonderes Profil aufweisen, kommt hinzu, dass die Geschwister beim Besuch derselben Schule eine vergleichbare Ausbildung erfahren und die Familie nicht vor das Problem gestellt wird, sich in schulischen Dingen mit unterschiedlichsten Unterrichtsfächern, immer neuen Ansprechpartnern und verschiedensten Schulstrukturen befassen zu müssen (*vgl. entsprechend für Schulversuche bereits OVG Hamburg, Beschluss vom 27.7.2005, 1Bs 205/05, Juris Rn. 17 ff.*). Das Geschwisterprivileg bevorzugt auf diese Weise Eltern von mehreren Kindern, die durch ihre Elternrolle regelmäßig mehr gefordert werden als die Eltern von Einzelkindern. Angesichts des auch demographisch begründbaren öffentlichen Interesses, jungen Familien die Entscheidung für mehr Kinder zu erleichtern, stellt dies keine unsachgerechte Ungleichbehandlung dar.

Schließlich spricht auch nichts dafür, dass der Gesetzgeber weitere Unterscheidungskriterien vergessen hätte, die zwingend in den Kriterienkatalog gehört hätten. Insbesondere kann es bei der Verteilung von Plätzen an allgemeinbildenden Schulen grundsätzlich nicht auf die besondere Leistungsfähigkeit eines Bewerbers ankommen. Eine Vergabe von Schulplätzen auf eine Weise, wie etwa Studienplätze vergeben werden, ist bei solchen Schulen, sofern diese nicht ausdrücklich auf ein ganz besonderes Schülerprofil zugeschnitten sind, nicht angezeigt (*so entsprechend Niehues,*

*Schul- und Prüfungsrecht Bd. 1, Schulrecht, 4. Auflage 2006, Rn. 627*). Vielmehr ist entsprechend § 42 Abs. 5 Satz 1 HmbSG von einer allgemeinen gleichförmigen Eignung aller mit einer Gymnasialempfehlung versehenen Bewerber auszugehen. Einer weiteren Differenzierung steht das Verbot einer positiven Auslese durch die jeweilige Schule gerade bei Beginn eines neuen Bildungsabschnitts entgegen (*vgl. entsprechend VGH Mannheim, Beschluss vom 10.9.2009, 9 S 1950/09, Juris Rn. 12*).

b) Der geltend gemachte Anordnungsanspruch der Antragstellerin auf Zuweisung eines Platzes am xxx-Gymnasium kann seine Grundlage nicht in der Selbstbindung der Verwaltung an ihre eigene Praxis (Art. 3 Abs. 1 GG) finden. Denn auf der Grundlage der hier ermessensbindenden Verwaltungsvorschrift steht der Antragstellerin kein Schulplatz zu.

Jene Verwaltungsvorschrift, die „Handreichung für Schulleitungen zur Organisation der Klassen 5 und 7 an weiterführenden Schulen“, sieht vorrangig die Berücksichtigung besonderer Härtefälle, hiernach die Berücksichtigung von Geschwisterkindern und abschließend die Vergabe dann noch freier Schulplätze anhand der aufsteigenden Länge des Schulweges vor (Abschnitt II. 4.1. bis 4.4.).

Um einen besonderen Härtefall dürfte es sich bei der Antragstellerin nicht handeln. Soweit sie anführt, dass ihre drei Grundschulfreundinnen Plätze an der xxx-Schule erhalten haben, ist auch im Lichte ihrer Lebenssituation – die Antragstellerin zog im Jahre 2009 aus dem Iran nach Deutschland und besucht hier erst seitdem die Schule – trotz der damit ohne Zweifel verbundenen besonderen Eingewöhnungsschwierigkeiten nicht ersichtlich, dass der Besuch einer anderen Schule als des xxx-Gymnasiums für sie eine unzumutbare Beeinträchtigung bedeuten würde. Vielmehr ist ausweislich der vorgelegten Unterlagen zu erwarten, dass es ihr – ebenso wie bereits vor einem Jahr in der Grundschule – trotz möglicher Anfangsschwierigkeiten gelingen wird, erneut sozialen Anschluss zu finden und weiterhin schulische Erfolge zu erzielen. Die Voraussetzungen eines Härtefalls werden auch durch das vorgelegte Attest der Diplom-Psychologin xxx vom 5. Juli 2010 nicht glaubhaft gemacht. Dieses bestätigt vielmehr, dass sich die interessierte und leistungsmotivierte Antragstellerin erfolgreich in das deutsche Schulleben eingefunden hat, obwohl eine solche Integration für die betroffenen Kinder häufig sehr schwierig ist. Des Weiteren stellt es lediglich fest, dass es „sehr hilfreich“ und

„psychologisch äußerst gewinnbringend“ wäre, der Antragstellerin durch die Anerkennung als Härtefall das Signal zu geben, dass sich ihre Anstrengung gelohnt habe. Das Gutachten legt jedoch keine konkreten unzumutbaren Beeinträchtigungen dar, die sich für die Antragstellerin ergäben, wenn sie nicht an dem xxx-Gymnasium einschult würde.

Auch hat die Antragstellerin keine älteren Geschwister am xxx-Gymnasium. Schließlich hat sie vor dem Hintergrund der Verwaltungspraxis der Antragsgegnerin keinen Anspruch auf einen Schulplatz aufgrund der Länge ihres individuellen Schulwegs. Denn ihr Schulweg ist mit 2,274 km länger als derjenige des letzten nach diesem Kriterium ausgewählten Bewerbers, dessen Schulweg 2,047 km beträgt. Dafür, dass dieser Schulweg unzutreffend berechnet wäre und dass bei richtiger Berechnung die Antragstellerin den gewünschten Schulplatz erlangt hätte, spricht nichts. Auch ist es in diesem Zusammenhang dem Gericht verwehrt, seiner Entscheidung eine andere Methodik der Feststellung eines angemessenen Schulweges zugrunde zu legen, als diese ermessensbindende Praxis der Verwaltung ist (*vgl. zur Auslegung von Verwaltungsvorschriften BVerwG, Urteil vom 2.2.1995, 2 C 19/94, NVwZ-RR 1996, 47 f., Juris Rn. 18*). Im Übrigen dürfte diese auch nicht zu beanstanden sein. Denn bereits Gründe der Praktikabilität sprechen dagegen, vom Prinzip der reinen Entfernung abzurücken und längere Schulwege aufgrund dort besonders guter öffentlicher Verkehrsverbindungen kürzeren Schulwegen vorzuziehen, die zu Fuß oder mit dem Fahrrad zurückgelegt werden müssen. Vielfältige Umstände sind dafür maßgeblich, wie gut ein Kind seinen Schulweg bewältigt. Diese könnten nur mit unvertretbarem Aufwand in jedem Einzelfall bemessen und gewichtet werden und können in einem Stadtstaat, in dem es nicht nur eine sehr hohe Dichte an allgemeinbildenden Schulen sondern auch überdurchschnittlich gute Verkehrsverbindungen gibt, vernachlässigt werden.

c) Ob die Antragstellerin einen Platz an dem xxx-Gymnasium deshalb beanspruchen kann, weil die dortigen Kapazitäten noch nicht ausgeschöpft sind, kann im vorliegenden Fall offenbleiben. Insbesondere muss nicht entschieden werden, ob auf die Antragstellerin § 87 Abs. 1 Satz 2 HmbSG in der Fassung durch das 13. Gesetz zur Änderung des Hamburgischen Schulgesetzes vom 9. März 2010 (HmbGVBl. 2010, S. 249 f.), wonach an Gymnasien die Klassengröße von 28 Schülerinnen und Schülern nicht überschritten werden soll (*entsprechend bereits die Fassung des 12. Änderungsgesetzes vom 20. Oktober 2009, HmbGVBl. 2009, 373, 381, im Folgenden: 12. Änderungsgesetz*),

anwendbar ist (so *VG Hamburg, Beschlüsse vom 5. Juli 2010, 15 E 1094/10, 15 E 1203/10, 15 E 1593/10*) oder vielmehr nach der Übergangsvorschrift in Art. 2 Abs. 3 Nr. 2 des 12. Änderungsgesetzes die bis dahin geltende Fassung von § 87 Abs. 1 HmbSG i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 4 der Verordnung über Organisationsfrequenzen an allgemein bildenden Schulen vom 23. Juni 2005 (HmbGVBl. 2005, 246) einschlägig ist, wonach die Organisationsfrequenz für die Jahrgangsstufe 5 an Gymnasien 29 Schüler beträgt und nach § 87 Abs. 1 Satz 3 HmbSG in der nach dieser Auffassung maßgeblichen alten Fassung um bis zu 10 % überschritten werden kann (so *mit ausführlicher Begründung VG Hamburg, Beschluss vom 15. Juli 2010, 2 E 1571/10*).

d) Der Anordnungsanspruch folgt nämlich jedenfalls aus dem Recht der Antragstellerin auf gleichberechtigten Zugang zu einer Schule, deren Leistungsvoraussetzungen sie erfüllt (*vgl. Niehues, Schul- und Prüfungsrecht Bd. 1, Schulrecht, 4. Auflage 2006, Rn. 607*). Dieses subjektive Recht hat die Antragsgegnerin dadurch verletzt, dass die Auswahl der bisher zum xxx-Gymnasium zugelassenen Schüler ermessensfehlerhaft erfolgt ist (unten aa). Diese Rechtsverletzung begründet aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes einen unmittelbaren vorläufigen Aufnahmeanspruch der Antragstellerin in ihre Wunschschule (unten bb).

aa) Die Antragsgegnerin hat bei der Auswahl der zum xxx-Gymnasium zugelassenen Schüler die gesetzlichen Grenzen ihres Auswahlermessens überschritten (§ 114 Satz 1 1. Alt. VwGO). Die in der „Handreichung für Schulleitungen zur Organisation der Klassen 5 und 7 an weiterführenden Schulen“ unterschiedslos für alle Hamburger Gymnasien vorgesehene und auch am xxx-Gymnasium geübte allgemeine Verwaltungspraxis, nach der Berücksichtigung von außergewöhnlichen Härtefällen und allen Geschwisterkindern die verbleibenden Schulplätze ausnahmslos nach der aufsteigenden Länge des Schulwegs zu vergeben, ist mit dem in § 42 Abs. 7 S. 3 HmbSG normierten Wunschrecht, das im Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 GG seine verfassungsrechtlichen Wurzeln hat, nicht zu vereinbaren.

(a) Noch nicht zu beanstanden ist allerdings, dass die Antragsgegnerin die gesetzliche Vorgabe, dass bei einer überschießenden Nachfrage ein maßgebliches Vergabekriterium „die gemeinsame schulische Betreuung von Geschwistern“ ist, dahingehend auslegt, dass Schülerinnen und Schüler, die Geschwister haben, welche bereits die gewünschte Schule

besuchen, vorrangig vor anderen Bewerbern aufzunehmen sind (*Handreichung der Antragsgegnerin für Schulleitungen zur Organisation der Klassen 5 und 7 an weiterführenden Schulen, Abschnitt II. 4.2.*).

Eine solche Auslegung entspricht dem Wortlaut des Gesetzes, auch wenn diesem nicht zu entnehmen ist, dass das Geschwisterprivileg absoluten Vorrang vor den anderen Auswahlkriterien - Elternwunsch und Schulweglänge - genießen muss. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass durch die Privilegierung von Geschwisterkindern das Wahlrecht jener Interessenten, die noch keine älteren Geschwister an der jeweiligen Wunschschule haben, bei Kapazitätsengpässen erheblich geschmälert wird (*vgl. dazu bereits OVG Bremen, Beschluss vom 4.10.2001, 1 B 363/01, Juris Rn. 10*). Demgemäß erscheint es rechtlich als bedenklich, wenn der absolute Vorrang der Geschwisterkinder zu einer weitgehenden Aushöhlung nicht nur des Elternwahlrechts, sondern auch des Vorrangs eines kindgerechten und damit möglichst kurzen Schulwegs führt. In solchen Fällen dürfte es geboten sein, durch eine Kappungsgrenze sicherzustellen, dass genügend freie Plätze für Kinder ohne ältere Geschwister vorhanden bleiben. Dies wird allerdings Geschwisterkindern, die nicht zugleich aufgrund ihrer Wohnortnähe einen Schulplatz erhalten, den Zugang zu eben jener Schule verwehren. Hierbei könnten aber solche ausgewählt werden, deren Altersabstand zu dem bereits an der Schule befindlichen Geschwisterkind relativ groß ist, so dass die Zeit gemeinsamer Beschulung ohnehin nur kurz wäre. Für eine solche Kappung besteht indes im Falle des xxx-Gymnasiums noch kein Anlass. Von 112 regulär vergebenden Schulplätzen wurden 38 an Geschwisterkinder vergeben. Dies macht einen Anteil von 34 % aus, also von gut einem Drittel der verteilten Plätze. Ein solcher Anteil trägt der Bedeutung des Geschwisterkinderprivilegs noch angemessen Rechnung und lässt genügend Raum für jene Bewerber, die sich aus Gründen der Nähe oder des besonderen Profils für diese Schule entschieden haben.

(b) Ermessensfehlerhaft ist jedoch, dass die Antragsgegnerin jenen Bewerbern, die sich aufgrund des dortigen besonderen Lehrangebotes für einen Platz am xxx-Gymnasium entschieden haben, keinerlei Möglichkeit eingeräumt hat, auch bei einem weiteren Schulweg einen Schulplatz zu erhalten. Sie hat dabei die Bedeutung des Elternwunsches, dem Kind eine spezielle schulische Ausbildung zukommen zu lassen, die in dieser Weise an anderen jeweils in Betracht kommenden Schulen nicht angeboten wird, verkannt und

demgegenüber die Bedeutung der Schulweglänge für die Verteilung der Schulplätze überbewertet.

Zwar dürfte nicht zu beanstanden sein, dass die Antragsgegnerin im Regelfall - bei Schulen mit einem dem üblichen entsprechenden Bildungsangebot - den bloßen Wunsch, eine bestimmte Schule zu besuchen, nicht genügen lässt, um sich gegen Mitbewerber mit kürzeren Schulwegen durchsetzen zu können. Insoweit ist noch keine Fehlgewichtung zu erkennen.

Bei einem Nachfrageüberhang ist grundsätzlich davon auszugehen, dass alle Bewerber gleichermaßen den konkreten Wunsch haben, gerade diese Schule zu besuchen, so dass der Elternwunsch an sich kein geeignetes Differenzierungskriterium ist, um jene Bewerber, die einen Schulplatz erhalten, von denen unterscheiden zu können, die nicht aufgenommen werden. Auch werden die allermeisten Elternwünsche nicht gewichtet und gegen widerstreitende Belange konkurrierender Kinder abgewogen werden können. Bereits tatsächlich ist es kaum möglich, die realen Hintergründe von Elternwünschen aufzuhellen und zu bewerten. Zudem haben Elternwünsche regelmäßig ein erhebliches subjektives Gewicht, das sich einer Bewertung durch die Verwaltung entzieht. Die Praxis der Antragsgegnerin, Elternwünsche deshalb grundsätzlich als gleichwertig zu betrachten und aus diesem Grunde für die nach der Verteilung an Geschwisterkinder verbleibenden Schulplätze die Länge des Schulweges als maßgebliches Kriterium zu verwenden, ist somit nicht grundsätzlich zu beanstanden. Zwar spricht das Gesetz nur von einem altersangemessenen Schulweg und stellt nicht das Gebot eines möglichst kurzen Schulwegs auf. Es gibt damit der Verwaltung gerade nicht vor, dass immer der kürzere Schulweg vorzugswürdig ist, sondern dürfte unmittelbar nur die Funktion einer Kappungsgrenze haben, die unzumutbare Schulwege ausschließen soll. Gleichwohl ist die Ermessensentscheidung, grundsätzlich die Kinder mit kürzeren Schulwegen zu bevorzugen, nicht zu beanstanden. Denn zum einen ist ein kürzerer Schulweg grundsätzlich sicherer und bindet weniger Zeit und Kraft des Schulkindes. Zum anderen ist eine regionale Verortung von Schulen wünschenswert, da die Schüler dann ihre Mitschüler im Wohnumfeld der Schule finden werden und zu diesen ohne besonderen Aufwand auch außerschulischen Kontakt pflegen können. Schließlich ist ein nicht zu leugnender Vorteil der Vergabe der Schulplätze nach aufsteigender Länge des

Schulwegs, dass dieses Kriterium leicht zu handhaben ist und klare und darstellbare Entscheidungen ermöglicht.

Die Praxis der Antragsgegnerin jedoch, auch bei der Vergabe von Plätzen an Schulen, die aufgrund eines deutlich herausragendes Schulprofils besondere Alleinstellungsmerkmale aufweisen, den diesbezüglichen Elternwunsch stets hinter dem Kriterium eines möglichst kurzen Schulwegs zurücktreten zu lassen, steht mit den rechtlichen Vorgaben nicht in Einklang und ist daher ermessensfehlerhaft.

Wenn ein Elternwunsch auf bedeutsamen ausbildungsbezogenen Gründen für die Schulwahl beruht, die aufgrund des gewählten Schulprofils auch objektivierbar sind, kommt ihm aufgrund des verfassungsrechtlich garantierten Elternrechts (Art. 6 Abs. 2 GG) ein besonderes Gewicht zu, das es nicht zulässt, bei Kapazitätsengpässen freie Plätze allein anhand des kürzeren Schulwegs zu vergeben und somit allen weiter von der Schule entfernt lebenden Kindern die Möglichkeit zu nehmen, ein spezielles, nicht bedarfsdeckend angebotenes Bildungsangebot wahrzunehmen.

Ein solches besonderes Gewicht der Elternwünsche ist dann anzunehmen, wenn mit der Auswahl eines Gymnasiums zugleich ein Bildungsprofil gewählt wird, das sich von jenem der meisten anderen Gymnasien unterscheidet und nur von einer vergleichsweise begrenzten Anzahl weiterführender Schulen in Hamburg angeboten wird (*vgl. dazu § 70 Abs. 3 Nr. 4 Hess.SchG; vgl. auch den „besonderen Grund“ in § 53 Abs. 3 S. 6 Brandenb.SchG*). Ein solches besonderes Schulprofil hat nicht nur Einfluss auf den schulischen Erfolg eines Kindes, da es besondere Fähigkeiten voraussetzt (z.B. eine besondere naturwissenschaftliche, künstlerische oder sprachliche Begabung), sondern es bestimmt wesentlich, welche Fertigkeiten das Kind auf der Schule erlernt und später im Leben verwenden kann.

Zum Kreis dieser Schulen, den die Antragsgegnerin abgrenzen müssen, werden voraussichtlich die humanistischen Gymnasien zählen. Ferner gehören jene Gymnasien hierzu, in denen spezielle und selten angebotene Fächer, zum Beispiel darstellendes Spiel oder wenig gelehrt Sprachen, als Abiturfach gewählt werden können. Außerdem sind dies Gymnasien, deren Besuch eine besondere Begabung, zum Beispiel im musischen oder sportlichen Bereich, voraussetzt. Schließlich gehören hierzu aber auch

jene Gymnasien, in denen ein besonderes Schwergewicht auf der Vermittlung neuer Sprachen liegt, die dort nicht nur als Unterrichtsfach gelehrt, sondern auch als Unterrichtssprache eingesetzt werden.

Ein solches besonderes Profil stellt deshalb auch der vom xxx-Gymnasium angebotene bilinguale Unterricht in Englisch/Deutsch dar. Nur 12 Gymnasien in Hamburg bieten einen solchen Unterricht an, wobei lediglich zwei davon, das xxx-Gymnasium und das Gymnasium xxx, im engeren Stadtgebiet liegen. Ein solcher bilingualer Unterricht setzt nicht nur eine besondere sprachliche Kompetenz der Schüler voraus, er vermittelt im Gegenzug auch einen vertiefteren und sichereren Umgang mit dieser Sprache als reiner Fachunterricht. Gerade für Kinder, deren Eltern für sie die Möglichkeit anstreben, später im englischsprachigen Ausland zu lernen, zu leben oder zu arbeiten, bietet ein solcher Unterricht eine besonders gute Ausgangsposition.

Neben einem besonderen Unterrichtsprofil gewinnt ein dahingehender Elternwunsch schließlich auch dann ein besonderes Gewicht, wenn eine Schule neben dem Abitur den Erwerb zusätzlicher besonderer Abschlüsse anbietet, die für die weitere Ausbildung und das Berufsleben relevant sein können. Hierzu gehört insbesondere auch das IB, welches außer vom xxx-Gymnasium nur noch vom xxx-gymnasium in Bergedorf angeboten wird.

Kennzeichnend für Schulen, die ein solches besonderes Profil anbieten, war schon bisher, dass sie einen überregionalen Einzugsbereich aufweisen (*vgl. VG Hamburg, Beschluss vom 25.4.2008, 2 E 554/08, Juris Rn. 33*). Sie ähneln damit auch nach ihrer festen Einrichtung in gewisser Weise den Versuchsschulen (§ 10 HmbSG), deren Klientel nicht auf die unmittelbare Nachbarschaft beschränkt ist. Unmittelbar der Schule benachbarte Schüler, denen das jeweilige Profil nicht zusagt, werden eine solche Schule trotz eines kurzen Schulwegs nicht besuchen wollen, sondern eine entfernter liegende auswählen. Schüler wiederum, deren Wünschen das besondere Unterrichtsprofil oder die Möglichkeit eines besonderen zusätzlichen Abschlusses entspricht, werden die Schule besuchen wollen, auch wenn dies einen längeren Schulweg erfordert. Die Verteilung der nicht bereits von Geschwisterkindern besetzten Plätze an einer solchen Schule allein anhand der Schulweglänge verkennt das Gewicht des Elternwahlrechts. Sie würde es einer Vielzahl von Interessenten, die nicht im unmittelbaren Umkreis der Schule leben, angesichts der hohen Nachfrage, die gerade solche profilierten Schulen genießen,

unmöglich machen, eine solche Ausbildung zu erhalten. Dies trifft nicht allein Schüler, die eher entlegen wohnen, sondern kann auch zu einer nicht vertretbaren sozialen Benachteiligung führen. Insoweit ist zu bedenken, dass sich dermaßen profilierte Schulen zumeist an Standorten befinden, an denen das nähere Umfeld das jeweilige Profil nachgefragt hat. Damit aber werden jene Schüler, die aufgrund der zunehmend festzustellenden Segregation in Hamburg in Stadtvierteln leben, die als eher bildungsfern gelten, seltener die Chance haben, dass sich in ihrer engeren Nachbarschaft eine weiterführende Schule mit einem solchen besonderen Bildungsprofil befindet. Werden die Plätze an jenen Schulen bei hoher Nachfrage allein nach der Länge des Schulwegs verteilt, sind diese Kinder von einem solchen Schulplatz praktisch ausgeschlossen (*vgl. dazu bereits die Bedenken von Niehues, Schul- und Prüfungsrecht Bd. 1, Schulrecht, 4. Auflage 2006, Rn. 612*).

Die Antragsgegnerin ist deshalb gehalten, bei Schulen mit besonderem Profil - so auch dem hier streitbefangenen xxx-Gymnasium - einen angemessenen Teil der Plätze für solche Bewerber offen zu halten, die die Schule aufgrund ihres besonderen Profils gewählt haben, nicht in ihrer unmittelbaren Nachbarschaft leben müssen, sie aber gleichwohl noch in vertretbarer Zeit erreichen können. Die nähere Ausgestaltung einer solchen Regelung steht im pflichtgemäßen Ermessen der Antragsgegnerin. Insoweit wird auch eine Regel für den nicht unwahrscheinlichen Fall zu treffen sein, dass das Kontingent der für diese Interessenten zu vergebenden Plätze nicht ausreicht. Hier wird sich wohl nur eine Verlosung anbieten, da in diesem Bewerbersegment keine praktikable weitere Unterscheidung mehr möglich sein dürfte (*vgl. zum Losverfahren VG Hamburg, Beschluss vom 25.4.2008, 2 E 554/08, Juris Rn. 33; speziell bei Schulversuchen OVG Hamburg, Beschluss vom 27.7.2005, 1 Bs 205/05, Juris Rn. 21; in anderen Bundesländern z.B. § 56 Abs. 6 Berl.SchG, § 59a Abs. 1 S. 2 Niede.SchG; vgl. auch Niehues, Schul- und Prüfungsrecht Bd. 1, Schulrecht, 4. Auflage 2006, Rn.627*).

Dass eine solche Verteilung der Schulplätze eine örtlich heterogene Schülerschaft zur Folge hat, die auch Schüler umfasst, die nicht im Umkreis der Schule leben, steht dem nicht entgegen. Angesichts des Umstandes, dass es sich in der Sekundarstufe schon um Kinder handelt, die auch längere Wege alleine zurücklegen können, werden die daraus resultierenden Nachteile durch den Umstand überwogen, dass hiermit einem weit größeren Kreis von Schülern jedenfalls die reelle Möglichkeit eingeräumt wird, ihren ganz

speziellen Wunsch auf schulische Bildung verwirklichen zu können (vgl. *Niehues, Schul- und Prüfungsrecht Bd. 1, Schulrecht, 4. Auflage 2006, Rn. 611*). Im Übrigen ist es Aufgabe der Antragsgegnerin, bei starker Nachfrage besonderer Bildungsprofile möglichst schnell die nachgefragten Kapazitäten auszuweiten.

bb) Wegen des fehlerhaften Auswahlverfahrens kann auch die Antragstellerin die vorläufige Aufnahme in ihre Wunschschule verlangen. Auch sie hat das xxx-Gymnasium unter anderem aufgrund seines besonderen bilingualen Profils für sich als Schule erster Wahl ausgesucht und hat den Schulplatz nicht erhalten, weil sie weiter als andere von der Schule entfernt wohnt, obwohl ihr Schulweg dorthin zweifellos noch altersangemessen ist.

Für diesen Anspruch kommt es nicht darauf an, ob das Kind bei einem ordnungsgemäßen Auswahlverfahren eine Zusage erhalten hätte. Dies bleibt ungewiss, da manches dafür gesprochen hätte, einen Teil der nicht durch Härtefälle und Geschwisterkinder besetzten Plätze unabhängig von der Länge des Schulwegs durch Los zu verteilen. Das Gebot effektiven Rechtsschutzes rechtfertigt es jedoch, der klagenden Partei bei einem fehlerhaften Verfahren einen Anspruch zuzusprechen (*VG Hamburg, Beschlüsse vom 12.8.2009, 2 E 1856/09 und vom 24.7.2008, 15 E 1874/08, Juris Rn. 44; OVG Hamburg, Beschluss vom 29.8.2005, 1 Bs 258/05, Juris Rn. 9; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20.9.2005, 8 S 84.05, Juris, Rn. 15*). Die Schule ist in einem solchen Fall unabhängig von den in § 87 Abs. 1 S. 2 HmbSG festgesetzten Klassenstärken verpflichtet, einen weiteren Platz bereit zu stellen, und zwar bis an die Grenze ihrer Funktionsfähigkeit (so *OVG Koblenz, Beschluss vom 19.4.2000, 2 B 10555/00, NVwZ-RR 2000, 680 f., Juris Rn. 7; OVG Bremen, Beschluss vom 25.9.1990, 1 B 52/90, Juris Kurztexst; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20.9.2005, 8 S 84.05, Juris Rn. 15; vgl. auch OVG Lüneburg, Beschluss vom 19.12.2007, 2 ME 601/0, Juris Rn. 16 ff.; Niehues, Schul- und Prüfungsrecht Bd. 1, Schulrecht, 4. Auflage 2006, Rn. 629*).

Im Fall des xxx-Gymnasiums wird mit der Aufnahme sechs weiterer Schülerinnen, die bislang insgesamt bei Gericht in vergleichbarer Weise um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht haben, die Grenze der Funktionsfähigkeit nicht überschritten. Bisher betrug die Klassenstärke bei einem vergleichbaren Unterrichtsprofil 31 Schüler. Auch der Gesetzgeber kennt im Falle regionaler Engpässe eine Überschreitung der Soll-Klassenstärke von 28 Schülern (§ 87 Abs. 1 S. 3 [bzw. S. 4 n. F.] HmbSG). Da die

Antragsgegnerin schon aufgrund eines Büroversehens in einer Klasse 29 Schüler untergebracht hat, wird sie dieses in den anderen 3 Klassen auf der Grundlage dieses Rechtsstreites auch veranlassen können, ohne dass hierdurch den anderen Schülern der Klasse wesentliche Nachteile drohen. Offen bleiben kann an dieser Stelle deshalb, ob es in einem solchen Fall dem Gericht nicht sogar möglich wäre, bereits an andere Kinder verteilte Plätze nachträglich wieder zu entziehen (*vgl. dazu m.w.N. OVG Hamburg, Beschluss vom 27. 7.2005, 1 Bs 205/05, Juris Rn. 8*).

Dieses Ergebnis ergibt sich auch, wenn man – was wie dargelegt offenbleiben kann – davon ausgeht, dass die Kapazitäten des xxx-Gymnasiums noch nicht ausgeschöpft sind, weil nach der Übergangsvorschrift in Art. 2 Abs. 3 Nr. 2 des 12. Änderungsgesetzes die bis dahin geltende Fassung von § 87 Abs. 1 HmbSG i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 4 der Verordnung über Organisationsfrequenzen an allgemein bildenden Schulen vom 23. Juni 2005 (HmbGVBl. 2005, 246) einschlägig ist, wonach die Organisationsfrequenz für die Jahrgangsstufe 5 an Gymnasien 29 Schüler beträgt und nach § 87 Abs. 1 Satz 3 HmbSG in der nach dieser Auffassung maßgeblichen alten Fassung um bis zu 10 % überschritten werden kann (*vgl. VG Hamburg, Beschluss vom 15. Juli 2010, 2 E 1571/10*).

2. Die Antragstellerin hat auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Bis zum Beginn des neuen Schuljahres im August dieses Jahres ist in der Hauptsache keine gerichtliche Entscheidung mehr möglich. Selbst bei besonders zügiger Abwicklung des Hauptsacheverfahrens wäre es der Antragstellerin gerade aufgrund des besonderen Unterrichtsprofils des xxx-Gymnasiums nicht zumutbar, die dafür benötigte Zeit an einer anderen Schule zu verbringen, um erst dann auf die Wunschschule wechseln zu können.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 52 Abs. 2 GKG. Die Kammer orientiert sich an Ziffer 38.4 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (*DVBl. 2004, 1525 ff.*). Wegen der Vorwegnahme der Hauptsache ist der volle Streitwert zu Grunde zu legen.