

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Übersetzung: nein

Schul-, Hochschul- und Wissenschaftsrecht

Rechtsquelle/n:

GG Art. 3 Abs. 3 Satz 1, Art. 5 Abs. 3 Satz 1

VvB Art. 20

Titelzeile:

(Kein) Mädchen im Knabenchor

Leitsatz:

Die Ablehnung der Aufnahme eines Mädchens in einen Knabenchor, der als öffentliche Einrichtung einer Hochschule organisiert ist, kann mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 GG gerechtfertigt sein.

Beschluss des 6. Senats vom 8. April 2022 - BVerwG 6 B 17.21

I. VG Berlin vom 16. August 2019

Az: VG 3 K 113.19

II. OVG Berlin-Brandenburg vom 21. Mai 2021

Az: OVG 5 B 32.19





Bundesverwaltungsgericht

## **BESCHLUSS**

BVerwG 6 B 17.21  
5 B 32.19

In der Verwaltungsstreitsache



hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 8. April 2022  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Kraft  
sowie die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Dr. Gamp und Hellmann

beschlossen:

Der Antrag der Klägerin, ihr Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren unter Beiordnung ihrer Prozessbevollmächtigten zu bewilligen, wird abgelehnt.

Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 21. Mai 2021 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 5 000 € festgesetzt.

#### G r ü n d e :

##### I

- 1 Die minderjährige Klägerin begehrt die Aufnahme in den Konzertchor des Staats- und Domchors Berlin, einer öffentlichen Einrichtung in der Trägerschaft der beklagten Universität.
  
- 2 Die Klage hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg. Den Gründen des Berufungsurteils (NVwZ-RR 2021, 892) ist zu entnehmen, dass der Staats- und Domchor Berlin als "Musterchor für Chorgesang [...] dienen", den "Chorgesang bei Gottesdiensten und liturgischen Andachten und bei besonderen feierlichen Anlässen der Domkirche aus[...]führen", "Konzertaufführungen und Übungen im allgemein erzieherischen und unterrichtlichen Interesse der Hochschule für Musik [...]veranstalten" und "... bei feierlichen Staatshandlungen mit[...]wirken" solle (§ 2 der Satzung vom 28. August 1923). Gemäß § 3 der Satzung bestehe der Chor aus einem Männerchor, einer Knabenhauptklasse und einer Knabenvor-  
klasse.

- 3 Art. 20 Abs. 1 der Verfassung von Berlin (VvB) eröffne der Klägerin grundsätzlich ein Zugangsrecht zu dem Staats- und Domchor als öffentlicher Bildungseinrichtung. Die Beklagte sei aber befugt, die Zugangsvoraussetzungen und die Nutzungsbedingungen der öffentlichen Bildungseinrichtung zu regeln. Grenzen dieser Befugnis ergäben sich aus dem Widmungszweck, dem Verfassungsauftrag des Art. 20 Abs. 2 VvB, aus dem Gleichbehandlungsgebot sowie aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.
  
- 4 Ob ein nur Jungen oder Männern eröffneter Konzertchor mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG und Art. 10 Abs. 2 VvB vereinbar wäre, könne dahinstehen, da diese Exklusivität nicht (mehr) das Aufnahmekriterium der Beklagten sei. Dieses zielen vielmehr darauf ab, einen bestimmten, für einen Knabenchor charakteristischen Klang zu erzeugen. Der Staats- und Domchor halte mittlerweile nicht mehr an den in der Satzung ursprünglich vorgesehenen männlichen Chorklassen fest und der Chorleiter mache den Zugang zu dem Knabenchor nicht vom jeweiligen Geschlecht abhängig. Vielmehr sei der Staats- und Domchor auf den Klangraum eines Knaben- bzw. Männerchors ausgerichtet, für den das männliche Geschlecht der Mitwirkenden keine zwingende Voraussetzung sei.
  
- 5 Deshalb könne allenfalls eine faktische oder mittelbare Ungleichbehandlung weiblicher Bewerberinnen darin liegen, dass sich aus dem Aufnahmekriterium des Knabenchorklangs der Stimme eine wesentlich geringere Aufnahmewahrscheinlichkeit für Mädchen ergebe. An das Geschlecht anknüpfende Ungleichbehandlungen seien mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nur vereinbar, soweit sie zur Lösung von Problemen zwingend erforderlich seien, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten könnten. Fehle es an solchen Gründen, lasse sich eine Ungleichbehandlung allein im Wege einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht legitimieren. Vorliegend rechtfertige nicht nur die Kunstfreiheit der Beklagten und ihres Chorleiters, sondern auch der aus Art. 20 Abs. 2 VvB folgende verfassungsrechtliche Auftrag zur Kulturpflege im Sinne praktischer Konkordanz eine mittelbare Ungleichbehandlung weiblicher Bewerberinnen, die auf das Aufnahmekriterium des Knabenchorklangs zurückzuführen sei. Die Abwägung der widerstreitenden verfassungsrechtlichen Interessen gehe dabei zulasten der Klägerin aus, da das Ergebnis eines spezifischen Knabenchorklangs bei Aufnahme der Klägerin vollständig verfehlt würde. Es

ließe sich weder mit der gebotenen Kulturpflege noch mit der Kunstfreiheit vereinbaren, als Konsequenz einer faktischen Benachteiligung weiblicher Bewerberinnen zu verlangen, auch solche Mädchen in den Konzertchor des Staats- und Domchors aufzunehmen, die keine dem Klangraum des Knabenchors entsprechende Stimme besäßen. Dann würde der Chor nach dem insoweit maßgeblichen künstlerischen Empfinden des Chorleiters insgesamt nicht mehr den angestrebten Klangraum erzeugen.

- 6 Die Einschätzung des Chorleiters, die Klägerin sei weder im Zeitpunkt ihres Aufnahmebegehrens noch in angemessener Zeit stimmlich in der Lage, das Klangbild des Konzertchores zu erzeugen, sei nicht zu beanstanden. Ob ein(e) Bewerber(in) die stimmlichen Anforderungen für die Aufnahme in den angestrebten Chor erfülle, müsse der Einschätzung des Chorleiters vorbehalten bleiben; diesem stehe nach § 5 Satz 2 der Satzung bei dem künstlerisch-pädagogischen Werturteil ein gerichtlich nur beschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Die gerichtliche Kontrolle beschränke sich auf die Prüfung einer ausreichenden Begründung, der Einhaltung von Verfahrensvorschriften, der Zugrundelegung zutreffender Tatsachen, der Nichtanstellung sachfremder Erwägungen, der Beachtung allgemeingültiger Bewertungsmaßstäbe sowie der Zugrundelegung eines richtigen Normverständnisses. Anhaltspunkte für Verstöße gegen diese Vorgaben seien nicht ersichtlich. Die schlüssige Begründung trage die Ablehnungsentscheidung des Chorleiters. Weder sein Umgang mit einem früheren Aufnahmegesuch der Klägerin, sein Auftreten in einer Versammlung des Fördervereins noch die Gestaltung des Vorstellungstermins im März 2019 ließen auf seine Befangenheit schließen. Ungeachtet dessen seien die Rügen der Klägerin auch inhaltlich unbegründet.
- 7 Das Oberverwaltungsgericht hat die Revision in dem Berufungsurteil nicht zugelassen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der Beschwerde, der die Beklagte entgegengetreten ist.

## II

- 8 1. Der Antrag der Klägerin auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe unter Beiordnung ihrer Prozessbevollmächtigten ist abzulehnen, weil ihre Beschwerde keine

Aussicht auf Erfolg bietet (§ 166 Abs. 1 Satz 1 VwGO, § 114 Abs. 1 Satz 1, § 121 ZPO) (vgl. unter 2.).

- 9 2. Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 21. Mai 2021 hat keinen Erfolg.
- 10 Die Zulassung der Revision wegen des allein geltend gemachten Zulassungsgrundes der grundsätzlichen Bedeutung nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO kommt nicht in Betracht. Eine solche Bedeutung kommt einer Rechtssache nur zu, wenn für die angefochtene Entscheidung der Vorinstanz eine konkrete, fallübergreifende und bislang höchstrichterlich ungeklärte Rechtsfrage des revisiblen Rechts von Bedeutung war, deren Klärung im Revisionsverfahren zu erwarten und zur Erhaltung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder zur Weiterentwicklung des Rechts geboten ist (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Januar 2022 - 6 B 9.21 - juris Rn. 11, stRspr).
- 11 Die Beschwerde macht zum Vorliegen der Grundsatzbedeutung zum einen geltend, im Revisionsverfahren sei die Frage zu klären,
- "ob der Grundsatz, dass Art. 3 Abs. 3 GG einer allein durch Hinweis auf bestehende Traditionen gerechtfertigten Schlechterstellung von Angehörigen des weiblichen Geschlechts auch dann entgegen steht, wenn es sich um eine mittelbare Diskriminierung nach dem Geschlecht handelt, dann eine Ausnahme erleidet, wenn die Schlechterstellung beim Zugang zu einer musik-kulturellen Bildungseinrichtung des Landes mit Zwecken des Schutzes kultureller Traditionen gerechtfertigt wird".
- 12 Hiermit zeigt die Beschwerde eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache nicht auf. In der Rechtsprechung ist grundsätzlich geklärt, dass an das Geschlecht anknüpfende differenzierende Regelungen mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nur vereinbar sind, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind. Fehlt es an zwingenden Gründen für eine Ungleichbehandlung, lässt sich diese allein im Wege einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht legitimieren (BVerfG, Urteil vom 28. Januar 1992 - 1 BvR 1025/82, 1 BvL

16/83 und 10/91 - BVerfGE 85, 191 <207 ff.>; Beschlüsse vom 24. Januar 1995 - 1 BvL 18/93 und 5, 6, 7/94, 1 BvR 403, 596/94 - BVerfGE 92, 91 <109> und vom 25. Oktober 2005 - 2 BvR 524/01 - BVerfGE 114, 357 <364>; vgl. auch Beschluss vom 10. Juli 2012 - 1 BvL 2, 3, 4/10, 3/11 - BVerfGE 132, 72 Rn. 58). Ein solcher, normativ an das Geschlecht anknüpfender Widmungszweck liegt nach der gemäß § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 560 ZPO bindenden Auslegung des Berliner Landesrechts durch das Berufungsgericht nicht vor.

- 13 Der Schutz des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG reicht jedoch weiter. An diesem speziellen Diskriminierungsverbot sind Regelungen auch dann zu messen, wenn der vom Normgeber gewählte Anknüpfungspunkt in der gesellschaftlichen Wirklichkeit weitgehend nur für eine Gruppe zutrifft oder die differenzierende Regelung sich weitgehend nur auf eine Gruppe im Sinne einer faktischen Benachteiligung auswirkt, deren Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 GG strikt verboten ist (mittelbare Diskriminierung). Eine Anknüpfung an das Geschlecht kann deshalb auch dann vorliegen, wenn eine geschlechtsneutral formulierte Regelung überwiegend Frauen trifft und dies auf natürliche oder gesellschaftliche Unterschiede zwischen den Geschlechtern zurückzuführen ist (BVerfG, Beschluss vom 27. November 1997 - 1 BvL 12/91 - BVerfGE 97, 35 <43>; Urteil vom 30. Januar 2002 - 1 BvL 23/96 - BVerfGE 104, 373 <393> und Beschluss vom 18. Juni 2008 - 2 BvL 6/07 - BVerfGE 121, 241 <254 f.>). Eine solche Regelung, die Frauen nur aufgrund biologischer Umstände gegenüber Männern benachteiligt, unterliegt nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ebenfalls strengen Rechtfertigungsanforderungen. Ausnahmsweise mag sie vor Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG auch durch sonstige Sachgründe zu rechtfertigen sein, die jedoch von erheblichem Gewicht sein müssen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 10. Juli 2012 - 1 BvL 2, 3, 4/10, 3/11 - BVerfGE 132, 72 Rn. 58).
- 14 Einen über diese Grundsätze hinausgehenden Klärungsbedarf zeigt das Beschwerdevorbringen nicht auf. Die von der Klägerin formulierte Frage hat sich dem Berufungsgericht in dieser Form nicht gestellt, denn dieses hat sich - anders als die Beschwerde vorgibt - zur Rechtfertigung der mittelbaren Ungleichbehandlung nicht auf *tatsächlich* bestehende Traditionen berufen, sondern auf den *normativen* Schutz- und Förderungsauftrag für kulturelles Leben aus Art. 20 Abs. 2 der Verfassung von Berlin (VvB) i.d.F. der Bekanntmachung vom



23. November 1995 (GVBl. S. 779), zuletzt geändert durch Art. 1 15. ÄndG vom 17. Mai 2021 (GVBl. S. 502) abgestellt. Demzufolge legitimieren nach den Gründen der angefochtenen Entscheidung nicht faktische traditionelle Prägungen, sondern das rechtlich schutzwürdige Kulturgut des Klangraums eines Knabenchors die mittelbare Geschlechterdiskriminierung. Zudem hat das Berufungsgericht nicht allein die Vorschrift des Art. 20 Abs. 2 VvB herangezogen, sondern eine auf das Aufnahmekriterium des Knabenchorklanges zurückzuführende mittelbare Ungleichbehandlung auch durch die Kunstfreiheit der Beklagten und ihres Chorleiters als gerechtfertigt angesehen. Davon abgesehen bedarf es keiner Klärung in einem Revisionsverfahren, dass auch das Grundgesetz ein landesverfassungsrechtliches Schutz- und Förderungsgebot für das kulturelle Leben wie in Art. 20 Abs. 2 VvB als legitimes öffentliches Interesse von hohem Rang und damit grundsätzlich tauglichen Differenzierungsgrund für Ungleichbehandlungen ansieht. Denn Art. 5 Abs. 3 GG enthält neben seinem Gehalt als Freiheitsrecht u.a. für alle Kunstschaffenden eine objektive Wertentscheidung für die Freiheit der Kunst. Damit weist er dem modernen Staat, der sich im Sinne einer Staatszielbestimmung auch als Kulturstaat versteht, zugleich die Aufgabe zu, ein freiheitliches Kunstleben zu erhalten und zu fördern (BVerfG, Urteil vom 11. Dezember 1973 - 1 BvR 712/68 - BVerfGE 36, 321 <331>; Beschluss vom 29. November 1989 - 1 BvR 1402, 1528/87 - BVerfGE 81, 108 <115 f.> und Kammerbeschluss vom 6. Mai 2005 - 1 BvQ 16/05 - NJW 2005, 2843). Wann diesem verfassungsrechtlich geschützten Interesse ein hinreichendes Gewicht zukommt, um eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen, ist eine Frage des jeweiligen Einzelfalls und nicht grundsätzlich klärungsfähig. Die in diesem Zusammenhang von der Klägerin geäußerten Zweifel an der Richtigkeit der Rechtsanwendung durch das Berufungsgericht stellen keinen Revisionszulassungsgrund i.S.d. § 132 Abs. 2 VwGO dar.

15 Mit der weiteren Frage,

"ob eine staatliche Universität als Träger eines sog. Knabenchors den Zugang zum Ausbildungsangebot so ausgestalten darf, dass Kinder männlichen Geschlechts gegenüber weiblichen Interessenten privilegiert werden dürfen, weil sie als traditionelle Bildungseinrichtung einen besonderen Schutz entsprechend einer landesverfassungsrechtlichen Norm beanspruchen können",

kleidet die Beschwerde die rechtliche Problematik des vorliegenden Falles bloß in eine abstrahierende Formulierung. Eine über den Einzelfall hinausreichende fallübergreifende Bedeutung lässt diese Fragestellung nicht erkennen (vgl. zu diesem Erfordernis: BVerwG, Beschluss vom 1. Juli 2015 - 2 B 39.15 - Buchholz 310 § 133 <n.F.> VwGO Nr. 103 S. 6).

16 Ersichtlich allein den vorliegenden Einzelfall betrifft auch die Frage,

"ob die Instanzgerichte bei der Abwägung der entgegenstehenden Grundrechtspositionen einen zutreffenden Prüfungsmaßstab angewendet haben".

17 Mit ihr wendet sich die Beschwerde lediglich im Gewande der Grundsatzrüge gegen die von der Vorinstanz getroffene Abwägung der kollidierenden verfassungsrechtlichen Positionen in dem hier vorliegenden Fall.

18 Wenn die Beschwerde weiter anführt, in der höchstrichterlichen Rechtsprechung sei bislang offengeblieben,

"nach welchen Grundsätzen sich die Abwägung zwischen dem von Art. 3 Abs. 3 GG gewährleisteten Verbot einer Diskriminierung nach dem Geschlecht und gegenläufigen Belangen des mit Art. 5 Abs. 3 GG gewährleisteten Kunstfreiheit zu richten hat",

führt diese Fragestellung ebenfalls nicht zur Revisionszulassung nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO. Denn sie erweist sich mangels Beantwortbarkeit in verallgemeinerungsfähiger Weise nicht als klärungsfähig (vgl. dazu Kraft, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 132 Rn. 23 m.w.N.). Die Abwägung kollidierender verfassungsrechtlicher Positionen im Sinne praktischer Konkordanz kann nur aufgrund einer Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalles durchgeführt werden. Die aufgeworfene Frage entzieht sich daher einer abstrahierenden Rechtssatzbildung und rechtfertigt deshalb nicht die Zulassung der Grundsatzrevision.

19 Die von der Beschwerde aufgeworfene Frage,

"ob eine geschlechtsbezogene Beschränkung des Zugangs zu einer künstlerischen Bildungseinrichtung auch dann zulässig ist, wenn nicht feststeht, dass nur oder ganz überwiegend männliche Kinder in der Lage sind, das gewünschte Klangbild "Knabenchor" zu erzeugen",

würde sich in einem Revisionsverfahren nicht stellen. Die Beschwerde verlässt hiermit den Boden der das Revisionsgericht in dem erstrebten Revisionsverfahren mangels durchgreifender Verfahrensrügen gemäß § 137 Abs. 2 VwGO bindenden tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, wenn sie behauptet, es stehe nicht fest, dass nur oder ganz überwiegend männliche Kinder in der Lage seien, das gewünschte Klangbild eines Knabenchors zu erzeugen. Zudem übersieht sie, dass nach dem gemäß § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, § 560 ZPO ebenfalls bindend festgestellten Widmungszweck gerade nicht auf das Geschlecht des Bewerbers bzw. der Bewerberin abgestellt wird, sondern Aufnahmekriterium die stimmliche Fähigkeit ist, einen Knabenchorklang zu erzeugen.

20 Schließlich stellt sich auch die Frage,

"ob die Instanzgerichte wegen der Bedeutung des Art. 3 Abs. 3 GG bei ungeklärter Sachlage die Last der Unerweislichkeit (Feststellungslast) zutreffend bei der Klägerin verortet haben",

vorliegend nicht, da das Oberverwaltungsgericht keine Beweislastentscheidung getroffen hat.

21 Für die mit der Beschwerde hilfsweise begehrte Feststellung, dass die angegriffene Entscheidung die Klägerin in ihrem Grundrecht nach Art. 3 Abs. 3 GG verletzt, ist im Beschwerdeverfahren nach § 133 VwGO kein Raum. Dieser eigenständige Rechtsbehelf dient ausschließlich dazu, über die Zulassung der Revision zu entscheiden (Pietzner/Bier, in: Schoch/Schneider, VwGO, Stand: Juli 2021, § 133 Rn. 9). Über einen Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO kann erst nach Zulassung in einem Revisionsverfahren entschieden werden.

- 22 Von einer weiteren Begründung sieht der Senat ab (§ 133 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 2 VwGO).
- 23 Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 i.V.m. § 52 Abs. 2 GKG.

Prof. Dr. Kraft

Dr. Gamp

Hellmann