



**23.11.2023**

## Wichtige neue Entscheidung

Schulrecht: Zum Verhältnis zwischen dem staatlichen Erziehungsauftrag in der Schule und dem elterlichen Erziehungsrecht hinsichtlich der Bestimmung des schulischen Bildungswegs eines Kindes

Art. 44 Abs. 2 Satz 1 BayEUG, § 2, § 3 GSO, Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG

Übertritt in das Gymnasium  
Probeunterricht  
Elternrecht

*Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 25.09.2023, Az. 7 CE 23.1682*

### Leitsätze:

1. Die auf Art. 44 Abs. 2 Satz 1 BayEUG beruhenden Regelungen in §§ 2 und 3 GSO begrenzen das in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verbürgte Elternrecht in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise. Sie genügen dem verfassungsrechtlichen Grundsatz, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, im Schulwesen alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.

2. Der Probeunterricht stellt keine typische Aufnahmeprüfung dar. Die mündlichen Leistungen der Teilnehmenden sind daher nicht allein anhand des gezeigten fachlichen Wissens zu bewerten. Pädagogische Einschätzungen, die sich aufgrund der Beobachtungen der Lehrkräfte ergeben, können in die mündliche Note einfließen.

Hinweis: Diese Entscheidung wird gleichzeitig auf unserer Internetseite sowie Twitter (@LA\_Bayern) eingestellt.

Hinweise:

Die Antragstellerin erstrebt die Zulassung zum Unterricht in einer 5. Klasse des Gymnasiums. Ihr wurde weder im Übertrittszeugnis die Eignung für den erstrebten Bildungsweg bestätigt, noch hat sie erfolgreich am Probeunterricht teilgenommen. Damit ist ihr der Übertritt an ein Gymnasium trotz eines entsprechenden Elternwillens verwehrt.

Sie ist der Auffassung, dass durch die Übertrittsregelungen in der Schulordnung für die Gymnasien in Bayern (Gymnasialschulordnung – GSO) mangels ausreichender Ermächtigungsgrundlage der Elternwille zu Unrecht eingeschränkt werde.

Außerdem rügt sie das Fehlen einer Prüfungsordnung für den Probeunterricht.

1. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (BayVGH) hat in der vorliegenden Entscheidung klargestellt, dass die bayerischen Regelungen zum Übertritt an das Gymnasium verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind. Art. 44 Abs. 2 Satz 1 BayEUG stelle eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage dar.

Das in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verbürgte Elternrecht werde durch die Vorgaben in der GSO auch nicht unzulässig eingeschränkt, denn aufgrund seines Bildungs- und Erziehungsauftrags (Art. 7 Abs. 1 GG, Art. 130 Abs. 1 BV), der dem elterlichen Erziehungsrecht nicht nach-, sondern gleichgeordnet ist, ist der Staat berechtigt und im Interesse eines ordnungsgemäßen Unterrichts sogar verpflichtet, über die Aufnahme eines Schülers in das Gymnasium nach dessen Eignung zu entscheiden.

2. Der BayVGH hat in der Entscheidung außerdem verdeutlicht, dass der gemäß § 3 Abs. 1 GSO nach den Vorgaben der Ministerialbeauftragten durchzuführende Probeunterricht, mit dessen erfolgreicher Teilnahme die gymnasiale Eignung nachgewiesen werden kann, keine typische Aufnahmeprüfung darstellt.

Art. 44 Abs. 2 Satz 1 BayEUG spreche von einer „Leistungsfeststellung“. Wie diese zu erfolgen hat, ist durch das zuständige Staatsministerium für Unterricht und Kultus mit den Regelungen in der GSO und den hierauf beruhenden Vorga-

ben durch die Ministerialbeauftragten ausreichend verbindlich geregelt. Ausgehend vom Anforderungsprofil des Gymnasiums soll das Vorliegen der gymnasialen Eignung der teilnehmenden Schülerinnen und Schüler nicht allein anhand des im Unterrichtsgespräch gezeigten fachlichen Wissens beurteilt werden, sondern es sind die pädagogischen Einschätzungen miteinzubeziehen, die sich aufgrund der Beobachtungen der Lehrkräfte ergeben.

Simmerlein  
Oberlandesanwältin

7 CE 23.1682  
M 3 E 23.4306

*Großes Staats-  
wappen*

## **Bayerischer Verwaltungsgerichtshof**

In der Verwaltungsstreitsache

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*\_\*\*\*\*\*\_\*\*\*\*\* \* \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*\_\*\*\*\*\*\_\*\*\*\*\* \* \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*

- \*\*\*\*\* -

\*\*\*\*\*.

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \* \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* \* \*\*\*\*\*

gegen

**Freistaat Bayern,**

vertreten durch:

Landesanwaltschaft Bayern,

Ludwigstr. 23, 80539 München,

- Antragsgegner -

wegen

Übertritt: Probeunterricht

(Antrag nach § 123 VwGO);

hier: Beschwerde der Antragstellerin und des Antragsgegners gegen den Beschluss  
des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 14. September 2023,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 7. Senat,  
durch die Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgerichtshof Klein,  
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Winter,  
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Peter

ohne mündliche Verhandlung am **25. September 2023**  
folgenden

### **Beschluss:**

- I. Die Beschwerde der Antragstellerin wird zurückgewiesen.
- II. Auf die Beschwerde des Antragsgegners werden der Beschluss des Verwaltungsgerichts München vom 14. September 2023 in Ziffer I. und II. abgeändert und der Antrag der Antragstellerin in vollem Umfang abgelehnt.
- III. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen zu tragen.
- VI. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 2.500 Euro festgesetzt.

### **Gründe:**

- 1 Die Beschwerde der Antragstellerin hat keinen Erfolg. Das Beschwerdevorbringen, auf das sich die Prüfung des Senats beschränkt (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), rechtfertigt es nicht, den angegriffenen Beschluss des Verwaltungsgerichts abzuändern. Offenbleiben kann dabei, ob die Beschwerde der Antragstellerin zulässig ist, weil der im Beschwerdeverfahren gestellte Antrag über den erstinstanzlich gestellten Antrag hinausgeht. Jedenfalls ist die Beschwerde unbegründet. Die Antragstellerin hat keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht, vorläufig zum Unterricht der Jahrgangsstufe 5 des A\*\*\*\*\*-Gymnasiums in D\*\*\*\*\* zugelassen zu werden (nachfolgend A).

Hingegen ist die zulässige Beschwerde des Antragsgegners begründet. Diese ist gegen die im Verfahren nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO ausgesprochene Verpflichtung gerichtet, zwischen dem 22. und dem 26. September 2023 den mündlichen Teil des Probeunterrichts im Fach Deutsch für die Antragstellerin vorläufig erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts durchzuführen und auf dieser Grundlage und der abgelegten schriftlichen Leistungen im Fach Deutsch über die vorläufige Zulassung der Antragstellerin zum Unterricht der Jahrgangsstufe 5 des A\*\*\*\*\*-Gymnasiums in D\*\*\*\*\* zu entscheiden. Das Beschwerdevorbringen des Antragsgegners führt dazu, dass der angegriffene Beschluss des Verwaltungsgerichts in Ziffer I. und II. abzuändern und der Antrag der Antragstellerin nach § 123 VwGO in vollem Umfang abzulehnen ist (nachfolgend B).

- 2 A. Die Beschwerde der Antragstellerin hat jedenfalls in der Sache keinen Erfolg.
- 3 I. Bedenken bestehen bereits im Hinblick auf die in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfende Zulässigkeit der Beschwerde.
- 4 Die Antragstellerin beantragt mit der Beschwerde, „den Beschluss des Verwaltungsgerichts insoweit abzuändern, dass der Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO verpflichtet wird, den Antragsteller vorläufig zum Unterricht in einer Klasse der 5. Jahrgangsstufe am A\*\*\*\*\*-Gymnasium in D\*\*\*\*\* für dieses Schuljahr 2023/2024 zuzulassen“. Ausweislich der Ausführungen im Schriftsatz vom 21. September 2023 begehrt die Antragstellerin mit der Beschwerde die Verpflichtung zur vorläufigen Zulassung zum Unterricht der Jahrgangsstufe 5 des A\*\*\*\*\*-Gymnasiums, ohne „noch einmal eine Prüfung im Probeunterricht“ ablegen zu müssen. Sie geht damit über den im erstinstanzlichen Verfahren gestellten Antrag hinaus, „den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zu verpflichten, sie bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit und gegebenenfalls Aufhebung der Prüfungsentscheidung vom 16. bis 19. Mai 2023 vorläufig ab Beginn des Schuljahres 2023/2024 zum Unterricht in einer Klasse der 5. Jahrgangsstufe am A\*\*\*\*\*-Gymnasium in D\*\*\*\*\* zuzulassen“.
- 5 Eine schon mit der Beschwerdeeinlegung und -begründung erklärte Antragsänderung (§ 91 VwGO) ist nicht möglich, weil sie dem Rechtsmittel die erforderliche Beschwer nimmt (vgl. Happ in Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 146 Rn. 25). Ob das Begehren

der Antragstellerin, mit der Beschwerde eine Zulassung zum Gymnasium allein aufgrund des bekundeten Elternwillens zu erreichen, eine Antragsänderung i.S.d. § 91 VwGO darstellt und damit die Unzulässigkeit der Beschwerde zur Folge hat, kann vorliegend dahinstehen.

- 6 II. Jedenfalls ist die Beschwerde unbegründet. Die Antragstellerin, deren Eignung für den Bildungsweg des Gymnasiums ausweislich ihrer Angaben im erstinstanzlichen Verfahren nicht im Übertrittszeugnis der Grundschule S\*\*\*\*\* vom 2. Mai 2023 festgestellt worden war (vgl. § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GSO, § 6 GrSO) und die nicht glaubhaft gemacht hat, dass ihr zum Halbjahr oder zum Ende der Jahrgangsstufe 3 das Überspringen der Jahrgangsstufe gestattet worden war (vgl. § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GSO), hat nach Art. 44 Abs. 1 BayEUG i.V.m. § 2 der Schulordnung für die Gymnasien in Bayern (Gymnasialschulordnung – GSO) vom 23. Januar 2007 (i.d. hier maßgeblichen Fassung vom 1.8.2016) keinen Anspruch darauf, ohne eine Teilnahme am Probeunterricht vorläufig zum Unterricht der Jahrgangsstufe 5 des A\*\*\*\*\*-Gymnasiums D\*\*\*\*\* zugelassen zu werden. Die auf Art. 44 Abs. 2 Satz 1 BayEUG beruhenden Regelungen in §§ 2 und 3 GSO begrenzen das in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verbürgte Elternrecht in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise. Sie genügen dem verfassungsrechtlichen Grundsatz, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, im Schulwesen alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen (nachfolgend 1.). Selbst dann, wenn man davon ausginge, dass Art. 44 Abs. 2 Satz 1 BayEUG keine ausreichende Rechtsgrundlage für die in §§ 2 und 3 GSO enthaltenen Regelungen ist, kann die Antragstellerin die begehrte Zulassung zum Gymnasium nicht verlangen (nachfolgend 2.).
- 7 1. Ernsthafte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der auf Art. 44 Abs. 1 Satz 2 BayEUG beruhenden Regelungen in §§ 2 und 3 GSO hat die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht.
- 8 a) Nach Art. 44 Abs. 1 Satz 1 BayEUG haben die Erziehungsberechtigten und die volljährigen Schülerinnen und Schüler das Recht, Schulart, Ausbildungsrichtung und Fachrichtung zu wählen. Das Wahlrecht steht nach Art. 44 Abs. 1 Satz 2 BayEUG unter dem Vorbehalt, dass für die Aufnahme Eignung und Leistung der Schülerin bzw. des Schülers maßgebend sind. Nach § 2 Abs. 2 GSO setzt die Aufnahme in die unterste Jahrgangsstufe des Gymnasiums voraus, dass die Schülerin oder der Schüler für den Bildungsweg des Gymnasiums geeignet ist (Nr. 1), mindestens den Besuch

der Jahrgangsstufe 4 der Grundschule (vorbehaltlich von Abs. 3 Satz 1 Nr. 3) oder – bei Eintritt in die Kurzform des Gymnasiums – der Jahrgangsstufe 6 der Mittelschule nachweisen kann (Nr. 2) und am 30. September des Schuljahres das 12. Lebensjahr, bei Eintritt in die Kurzform des Gymnasiums das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat (Nr. 3). Für Schülerinnen und Schüler, bei denen die Voraussetzungen nach § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 oder 3 GSO nicht gegeben sind und die nicht der Jahrgangsstufe 5 einer öffentlichen oder staatlich anerkannten Mittel- oder Realschule angehören, führen Gymnasien gemäß § 3 Abs. 1 GSO nach den Vorgaben der Ministerialbeauftragten einen dreitägigen Probeunterricht in den Fächern Deutsch und Mathematik durch. Schülerinnen und Schüler, deren Eignung für den Bildungsweg eines Gymnasiums nicht im Übertrittszeugnis einer öffentlichen oder staatlich anerkannten Grundschule festgestellt wurde (vgl. § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GSO, § 6 GrSO) oder denen nicht zum Halbjahr oder zum Ende der Jahrgangsstufe 3 das Überspringen der Jahrgangsstufe gestattet worden ist (vgl. § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GSO), erhalten durch § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 3 GSO die Möglichkeit, die nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 GSO für die Aufnahme in die unterste Stufe des Gymnasiums erforderliche Eignung durch eine erfolgreiche Teilnahme am Probeunterricht nachzuweisen. Die Teilnahme am Probeunterricht ist nach § 3 Abs. 5 Satz 1 GSO erfolgreich, wenn in dem einen Fach mindestens die Note 3 und in dem anderen Fach mindestens die Note 4 erreicht wurde.

- 9 b) Die staatliche Befugnis, die Aufnahme einer Schülerin oder eines Schülers in eine bestimmte Schulart, Ausbildungsrichtung und Fachrichtung an dessen Eignung und Leistung zu knüpfen, folgt aus der in Art. 7 Abs. 1 GG normierten Schulaufsicht. Diese umfasst das Recht des Staates zur Planung und Organisation des Schulwesens mit dem Ziel, ein Schulsystem zu gewährleisten, das allen jungen Bürgern gemäß ihren Fähigkeiten die dem heutigen gesellschaftlichen Leben entsprechenden Bildungsmöglichkeiten eröffnet. Zu diesem staatlichen Gestaltungsbereich gehört nicht nur die organisatorische Gliederung der Schule, sondern auch die inhaltliche Festlegung der Ausbildungsgänge und Unterrichtsziele. Daraus ergibt sich das Recht des Staates, die Voraussetzungen für den Zugang zur Schule, den Übergang von einem Bildungsweg zum anderen und die Versetzung innerhalb eines Bildungswegs zu bestimmen, einschließlich der Befugnis zur Entscheidung darüber, ob und inwieweit das Lernziel vom Schüler erreicht worden ist (vgl. BVerfG, U.v. 6.12.1972 – 1 BvR 230/70 u.a. – juris Rn. 78 m.w.N.).



- 10 Das staatliche Bestimmungsrecht im Schulwesen wird zwar begrenzt durch das in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistete elterliche Erziehungsrecht (Elternrecht). Der staatliche Erziehungsauftrag in der Schule, von dem Art. 7 Abs. 1 GG ausgeht, ist jedoch in seinem Bereich dem elterlichen Erziehungsrecht nicht nach-, sondern gleichgeordnet (vgl. BVerfG, U.v. 6.12.1972 – 1 BvR 230/70 u.a. – juris Rn. 81). Auch wenn das Bestimmungsrecht der Eltern die Befugnis umfasst, den von ihrem Kind einzuschlagenden schulischen Bildungsweg zu wählen, ist dieses Recht der Eltern nicht allein durch das Wächteramt des Staates gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG begrenzt. Im Rahmen der sich aus Art. 7 Abs. 1 GG ergebenden Befugnis des Staates, das Schulsystem zu bestimmen, kann insbesondere die Aufnahme des Kindes in die verschiedenen Bildungswege an Zulassungsvoraussetzungen geknüpft werden, deren Festsetzung im einzelnen Sache der Länder ist (vgl. BVerfG, U.v. 6.12.1972 – 1 BvR 230/70 u.a. – juris Rn. 84 f.). Die Schule muss dem Elternwunsch bezüglich der Schulwahl zwar so weit wie möglich entsprechen, darf aber davon abweichen, wenn ihm mangelnde Eignung des Schülers entgegensteht (vgl. BVerfG, U.v. 6.12.1972 – 1 BvR 230/70 u.a. – juris Rn. 101). Der Staat ist aufgrund seines Bildungs- und Erziehungsauftrags (Art. 7 Abs. 1 GG, Art. 130 Abs. 1 BV) berechtigt und im Interesse eines ordnungsgemäßen Unterrichts sogar verpflichtet, über die Aufnahme eines Schülers in das Gymnasium nach dessen Eignung zu entscheiden. Der Schule steht damit im Konfliktfall die Befugnis zu, ungeeignete Schüler abzuweisen (vgl. BayVGh, B.v. 20.12.1993 – 7 NE 93.2456 – juris Rn. 15 m.w.N. zur gleichlautenden Regelung des Art. 23 BayEUG a.F.).
- 11 c) Art. 44 Abs. 2 Satz 1 BayEUG ermächtigt das zuständige Staatsministerium für Schulen, die nicht Pflichtschulen sind, die Voraussetzungen der Aufnahme, das Aufnahmeverfahren (einschließlich Altersgrenzen) und eine eventuelle Probezeit in der Schulordnung zu regeln; dabei kann die Aufnahme von einer der Aufgabenstellung der Schule entsprechenden Leistungsfeststellung abhängig gemacht werden. Mit dem Begriff „Regelung der Voraussetzungen der Aufnahme“, für die gemäß Art. 44 Abs. 1 Satz 2 BayEUG Eignung und Leistung der Schülerin bzw. des Schülers maßgebend sind, hat der formelle Gesetzgeber die wesentlichen Voraussetzungen für die Aufnahme in das Gymnasium selbst bestimmt. Er hat zudem festgelegt, dass sich die Anforderungen der Leistungsfeststellung an denen der künftigen Schulart orientieren können. Die Verordnungsermächtigung in Art. 44 Abs. 2 Satz 1 BayEUG entspricht im Hinblick auf die notwendige Flexibilität einerseits und auf die Ausformung der Aufnahmebedingungen aufgrund langjähriger Praxis in der Form einer der Aufgabenstellung

der Schule entsprechenden Leistungsfeststellung andererseits den an sie zu stellenden Anforderungen hinsichtlich Inhalt, Zweck und Ausmaß (vgl. BayVGH, B.v. 20.12.1993 – 7 NE 93.2456 – juris Rn. 15 zum gleichlautenden Art. 23 BayEUG a.F.; B.v. 7.11.1996 – 7 CE 96.3145 – BayVBl. 1997, 431/432 m.w.N.).

- 12 Die hier verfahrensgegenständlichen Bestimmungen der Gymnasialschulordnung entsprechen Art. 44 Abs. 2 Satz 1 BayEUG. Die Regelung lässt eine Leistungsfeststellung ausdrücklich zu und stellt die Form der Leistungsüberprüfung im Übrigen in das Ermessen des Verordnungsgebers. Dass der in § 3 GSO näher geregelte Probeunterricht eine pädagogisch sinnvolle und sachgerechte Art der Leistungsfeststellung darstellt, kann nicht in Zweifel gezogen werden. Er ermöglicht aufgrund des Unterrichtsgesprächs eine umfassendere Würdigung der Persönlichkeit der Schülerin bzw. des Schülers (vgl. hierzu § 10 Abs. 1 Satz 1 GSO i.d. bis 31.7.2007 geltenden Fassung) und damit eine zuverlässigere pädagogische Beurteilung ihrer bzw. seiner Eignung als etwa eine ausschließlich in schriftlichen und/oder mündlichen Aufgaben bestehende Aufnahmeprüfung (vgl. BayVGH, B.v. 20.12.1993 – 7 NE 93.2456 – juris Rn. 15 zum gleichlautenden Art. 23 BayEUG a.F.).
- 13 d) Bedenken gegen die Verhältnismäßigkeit der Regelungen in § 2 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 GSO bestehen nicht, da nach § 2 Abs. 4 GSO auch die Schülerinnen und Schüler in das Gymnasium aufgenommen werden, die ohne Erfolg am Probeunterricht teilgenommen, dabei aber in beiden Fächern die Note 4 erreicht haben und deren Erziehungsberechtigte dies beantragen. § 2 Abs. 4 GSO ermöglicht damit auch Schülerinnen und Schülern, die nicht nach § 2 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 GSO für den Bildungsweg des Gymnasiums geeignet sind, auf Wunsch der Eltern in das Gymnasium aufgenommen zu werden. Dem Elternwillen wird hierdurch ausreichend Rechnung getragen. Dass § 2 Abs. 4 GSO zumindest die Teilnahme am Probeunterricht verlangt sowie das Erreichen jeweils der Note 4 in den Fächern Deutsch und Mathematik ist im Hinblick auf die sich aus Art. 7 Abs. 1 GG ergebenden schulaufsichtlichen Befugnisse nicht zu beanstanden. Die grundsätzlich nach Art. 44 Abs. 1 Satz 2 BayEUG erforderliche Eignung für das Gymnasium hat sich an dessen Anforderungsprofil auszurichten. Dem entspricht es, durch die in § 2 Abs. 4 GSO formulierten geringen Hürden erkennbar ungeeigneten Schülerinnen und Schülern den Zugang zur gewünschten Schulform zu versagen (vgl. BayVGH, B.v. 7.11.1996 – 7 CE 96.3145 – BayVBl. 1997, 431/432).

- 14 e) Auf die Ausführungen des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts im Beschluss vom 20. Oktober 2016 – 2 B 204/16 – (juris) kann sich die Antragstellerin nicht berufen. Entgegen der im Beschwerdeverfahren vertretenen Ansicht ist § 34 des Schulgesetzes für den Freistaat Sachsen (i.d. bis 31.7.2020 geltenden Fassung – SächsSchulG a.F.) nicht mit Art. 44 Abs. 1 und 2 BayEUG vergleichbar.
- 15 f) Auf die weitergehende Regelung in § 34 SächsSchulG (i.d. ab 1.8.2020 geltenden Fassung), die in ihrem Absatz 2 vorsieht, dass die Eltern eines Kindes, das eine Bildungsempfehlung für das Gymnasium nicht erhalten hat, nach einem verpflichtenden Beratungsgespräch entgegen den Empfehlungen der Grundschule und des Gymnasiums an der Anmeldung festhalten können, kann sich die Antragstellerin ebenfalls nicht berufen. Ordnung und Organisation des Schulwesens sind aufgrund ihrer Kultushoheit Ländersache (vgl. BVerfG, U.v. 6.12.1972 – 1 BvR 230/70 u.a. – juris Rn. 77, 85).
- 16 g) Soweit die Antragstellerin darüber hinaus das Fehlen einer Prüfungsordnung für die Durchführung und Bewertung des Probeunterrichts rügt, dringt sie auch hiermit nicht durch. Nach Art. 44 Abs. 2 Satz 1 BayEUG kann die Aufnahme in eine Schule, die wie das Gymnasium nicht Pflichtschule ist (vgl. Art. 36 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayEUG), von einer der Aufgabenstellung der Schule entsprechenden Leistungsfeststellung abhängig gemacht werden. Der formelle Gesetzgeber hat mit dem Begriff „Leistungsfeststellung“ zum Ausdruck gebracht, dass dies nicht unbedingt durch eine Aufnahmeprüfung zu erfolgen hat. Zudem wird das zuständige Staatsministerium ermächtigt, die Voraussetzungen der Aufnahme (einschließlich Altersgrenzen) und eine Probezeit in der Schulordnung zu regeln. Dem ist das Bayerische Staatsministerium für Unterricht und Kultus mit den Regelungen in §§ 2 und 3 GSO nachgekommen. Mit § 3 GSO und den hierauf beruhenden Vorgaben durch die Ministerialbeauftragten sowie den weiteren Vorschriften der Gymnasialschulordnung sind ausreichend verbindliche Anordnungen zur Durchführung des Probeunterrichts vorhanden.
- 17 2. Selbst dann, wenn man davon ausginge, dass Art. 44 Abs. 2 Satz 1 BayEUG keine ausreichende Rechtsgrundlage für die in §§ 2 und 3 GSO enthaltenen Regelungen ist, kann die Antragstellerin die begehrte Zulassung zum Bildungsweg des Gymnasiums nicht erlangen.
- 18 Nimmt der Erlass der beantragten einstweiligen Anordnung die Hauptsache wie hier – wenn auch nur vorläufig – vorweg, sind an die Prognose der Erfolgsaussichten in der

Regel besondere Anforderungen zu stellen. Denn mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung darf grundsätzlich nicht etwas begehrt oder zugesprochen werden, was als Vorgriff auf den im Hauptsacheverfahren geltend zu machenden Anspruch anzusehen ist. Die Voraussetzungen des Anordnungsanspruchs sind im Falle der Vorwegnahme der Hauptsache daher im Regelfall nur dann glaubhaft gemacht, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Obsiegens in der Hauptsache besteht.

- 19 Einer Zulassung der Antragstellerin an das A\*\*\*\*\*-Gymnasium im Beschwerdeverfahren steht das Übertrittszeugnis der Grundschule S\*\*\*\*\* vom 2. Mai 2023 entgegen, in dem nach erstinstanzlichem Vortrag lediglich eine Eignung für den Besuch einer Realschule ausgesprochen wurde. Die Antragstellerin hat nicht glaubhaft gemacht, dass sie Rechtsmittel gegen das Übertrittszeugnis der Grundschule S\*\*\*\*\* vom 2. Mai 2023, einem Verwaltungsakt i.S.d. Art. 35 Satz 1 BayVwVfG, eingelegt hat. Der am 28. Juli 2023 eingelegte Widerspruch bezieht sich ausdrücklich und ausschließlich auf das Verfahren und das Prüfungsergebnis des Probeunterrichts.
- 20 Die – in Bezug auf das Gymnasium negative – Feststellung der Grundschule S\*\*\*\*\* , die auf § 6 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 Satz 1 der Schulordnung für die Grundschulen in Bayern (Grundschulordnung – GrSO) vom 11. September 2008 (i.d. maßgeblichen Fassung v. 1.8.2021) beruht, enthält die nach Art. 44 Abs. 1 Satz 2 BayEUG erforderliche Aussage über Eignung und Leistung der Antragstellerin. Unabhängig davon, dass die Antragstellerin keine diesbezüglichen Einwendungen erhoben hat, ist von der Verfassungsmäßigkeit der betreffenden Regelungen der Grundschulordnung auszugehen. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat eine gegen die insoweit gleichlautende, bis 31. Juli 2014 geltende Vorgängerregelung in § 25 Abs. 3 und 4 GrSO gerichtete Popularklage mit Entscheidung vom 21. Mai 2014 – Vf. 7-VII-13 – (juris) abgewiesen. Die Regelung in § 25 GrSO a.F. zur Eignung für den Übertritt von der Grundschule an ein Gymnasium sowie zur Erhebung der hierfür maßgeblichen schriftlichen Leistungsnachweise sind nach Feststellung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs mit der Bayerischen Verfassung vereinbar (vgl. hierzu auch BayVerfGH, E.v. 24.8.2020 – Vf. 47-VII-20 – juris Rn. 26 ff.).
- 21 Aus alledem folgt, dass die Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen ist. Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass im Übrigen eine Zulassung der Antragstellerin für die Schulart Gymnasium (vgl. Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d BayEUG)

bereits nach dem Willen des formellen Gesetzgebers gemäß Art. 44 Abs. 1 Satz 2 BayEUG an Eignung und Leistung der Schülerin oder des Schülers anknüpft. Mit Art. 44 Abs. 1 Satz 2 BayEUG hat der formelle Gesetzgeber den am Ausschluss ungeeigneter Schülerinnen und Schüler orientierten Maßstab der negativen Auslese vorgesehen (vgl. BayVGH, B.v. 20.12.1993 – 7 NE 93.2456 – juris Rn. 15 m.w.N. zur gleichlautenden Regelung des Art. 23 BayEUG a.F.). Mit der Regelung soll sichergestellt werden, dass die Funktionsfähigkeit des Unterrichts nicht durch die Aufnahme von Schülerinnen und Schülern beeinträchtigt wird, deren fehlende Geeignetheit für den erfolgreichen Besuch des angegangenen Bildungswegs – hier des Gymnasiums – von vornherein feststeht (vgl. BVerfG, B.v. 27.1.1976 – 1 BvR 2325/73 – juris Rn. 36 f.). Hiervon ist bei Schülerinnen und Schülern auszugehen, bei denen die Geeignetheit für das Gymnasium aufgrund ihrer schulischen Leistungen in der Grundschule und/oder im Rahmen einer Leistungsfeststellung zweifelhaft ist. Im Hinblick auf die von der Antragstellerin im Probeunterricht gezeigten schriftlichen Leistungen dürfte hiervon auszugehen sein.

- 22 B. Hingegen ist die zulässige Beschwerde des Antragsgegners begründet. Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts leidet weder der am 19. Mai 2023 durchgeführte mündliche Teil des Probeunterrichts an dem vom Verwaltungsgericht angenommenen Verfahrensfehler (nachfolgend I.) noch ist die mündliche Note der Antragstellerin in Deutsch rechtsfehlerhaft zustande gekommen (nachfolgend II.).
- 23 I. Unabhängig davon, dass der die Antragstellerin betreffende mündliche Teil des Probeunterrichts in einer Gruppe von 14 Kindern stattgefunden hat, ist die vom Ministerialbeauftragten in Nr. 2.2.1 des Schreibens vom 17. März 2023 vorgegebene Höchstzahl von 15 Schülerinnen und Schülern pro gebildeter Gruppe nicht zu beanstanden.
- 24 Anders als das Verwaltungsgericht meint, stellt eine Gruppengröße von 15 Schülerinnen und Schülern eine kleinere Unterrichtsgruppe i.S.d. § 3 Abs. 3 Satz 1 GSO dar. Die vom Verwaltungsgericht geäußerten Bedenken, mit der vom Ministerialbeauftragten vorgegebenen Gruppengröße von maximal 15 Schülerinnen und Schülern sei keine zuverlässige Eignungsfeststellung möglich, weil für jede Schülerin und jeden Schüler nur ca. 5 Minuten Prüfungszeit pro Fach zur Verfügung stünde, überzeugen nicht. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass Schülerinnen und Schüler, die trotz fehlendem Eignungsvermerk im Übertrittszeugnis die Aufnahme in die unterste Jahrgangsstufe des Gymnasiums begehren, anders als Schülerinnen und Schüler, die nach § 5

Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 6 GSO die Aufnahme in eine höhere Jahrgangsstufe des Gymnasiums wünschen, gerade keine Aufnahmeprüfung, sondern einen dreitägigen Probeunterricht zu absolvieren haben. Bereits diese unterschiedlichen Aufnahmeanforderungen zeigen, dass der Verordnungsgeber mit dem Probeunterricht keine originäre Prüfungssituation schaffen wollte, sondern – trotz der zu bewältigenden schriftlichen Aufgaben – eine Unterrichts Atmosphäre als das sachgerechtere Mittel angesehen hat, die Gymnasialeignung der in der Regel noch sehr jungen übertrittswilligen Schülerinnen und Schüler festzustellen. Dass es beim Probeunterricht gerade nicht allein um eine schriftliche und mündliche Prüfung der teilnehmenden Schülerinnen und Schüler geht, folgt zudem aus § 3 Abs. 3 Satz 2 GSO, wonach die für jede Unterrichtsgruppe verantwortlichen mindestens zwei Mitglieder des Aufnahmeausschusses abwechselnd unterrichten und beobachten sollen. Nach den Vorgaben in Nr. 2.2.2 des Schreibens vom 17. März 2023 sollen dabei zur Durchführung des Probeunterrichts nur Lehrkräfte (des Gymnasiums) herangezogen werden, die genügend Erfahrung im Unterricht der Eingangsstufe besitzen und aufgrund ihres pädagogischen und methodischen Geschicks sowie ihres Fachwissens für diese Aufgabe besonders geeignet sind. Darüber hinaus wird in Nr. 2.2.4 in Bezug auf das Unterrichtsgespräch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass „für jedes Prüfungsfach so viel Zeit angesetzt werden“ muss, „dass über die Eignung aller am Probeunterricht teilnehmenden Jungen und Mädchen für den gymnasialen Bildungsweg ein klares Urteil gewonnen werden kann“, und „Zeitdruck unbedingt zu vermeiden ist“. An der mündlichen Überprüfung nehmen danach zwar alle Schülerinnen und Schüler teil. Den Vorgaben des Ministerialbeauftragten entsprechend, soll jedoch „der Schwerpunkt der Überprüfung bei den Kindern liegen, deren Eignung für den gymnasialen Bildungsweg aufgrund der Ergebnisse der schriftlichen Prüfung fraglich oder nicht gegeben erscheint“. Mit Anlage 2 zum Schreiben vom 17. März 2023 „Hinweise zur Beobachtung der Schülerinnen und Schüler im mündlichen Teil des Probeunterrichts“ wird den Mitgliedern des Aufnahmeausschusses, die den Probeunterricht durchführen, zudem eine verbindliche Vorgabe an die Hand gegeben, mit der eine gleichmäßige Bewertung des mündlichen Teils des Probeunterrichts sichergestellt wird.

- 25 Warum unter diesen Bedingungen durch Lehrkräfte, die die in Nr. 2.2.2 formulierten besonderen Anforderungen erfüllen, bei einer Gruppe von höchstens 15 Schülerinnen und Schülern der Zweck des Probeunterrichts, festzustellen, ob die Schülerinnen und Schüler in der Lage sind, den Anforderungen des Gymnasiums gerecht zu werden



(vgl. BayVGH, B.v. 26.9.2007 – 7 CE 07.2221 – juris Rn. 20), nicht sichergestellt werden kann, erschließt sich dem Senat nicht. Beim Probeunterricht geht es im Wesentlichen um eine Prognoseentscheidung. Unterrichtsgespräche und schriftliche Arbeiten gehören zum Schulalltag des Gymnasiums. Den daraus entstehenden Anforderungen müssen sich die Schülerinnen und Schüler stellen. Nach Nr. 2.5 des Schreibens vom 17. März 2023 wird zudem bei der Ermittlung des Gesamtergebnisses mit Rücksicht auf die gymnasiale Eignung das Schriftliche gegenüber dem Mündlichen doppelt gewichtet. Dies zeigt, dass der Schwerpunkt des Probeunterrichts auf den schriftlichen Leistungen der Schülerinnen und Schüler liegt. Die mündliche Note macht – bei regelmäßig vier zu bewertenden schriftlichen Aufgaben – lediglich ein Neuntel des Gesamtergebnisses in Deutsch aus.

- 26 Im Hinblick auf das junge Alter der Schülerinnen und Schüler, für die die Teilnahme am Probeunterricht an einem (regelmäßig) unbekanntem Ort und mit (regelmäßig) unbekanntem Lehrerinnen und Lehrern mit einer großen Herausforderung und Belastung verbunden sein dürfte, dienen die bei einer Gruppengröße von maximal 15 Schülerinnen und Schülern für das mündliche Unterrichtsgespräch vom Verwaltungsgericht errechneten durchschnittlichen fünf Minuten pro Kind und Fach auch dazu, Überforderungen der teilnehmenden Kinder zu vermeiden. Im Übrigen sagt allein die Dauer des mündlichen Unterrichtsgesprächs pro Kind und Fach nichts über dessen Intensität und die hieraus zu ziehenden Schlussfolgerungen aus, zumal am mündlichen Probeunterricht immer mindestens zwei Lehrkräfte teilnehmen. Da zudem sowohl das Einführungs- bzw. Unterrichtsgespräch als auch der schriftliche Teil des Probeunterrichts zur genauen Schülerbeobachtung durch eine gerade nicht unterrichtende Lehrkraft genutzt werden sollen (vgl. Nr. 2.2.4 des Schreibens vom 17. März 2023), ist hinreichend Gelegenheit, einen umfassenden Überblick über den Leistungsstand der jeweiligen Schülerin bzw. des jeweiligen Schülers zu erhalten. Anhaltspunkte dafür, dass es vorliegend praktisch ausgeschlossen war, dass sich die am Probeunterricht beteiligten Lehrkräfte eine abschließende Meinung über die mündlichen Leistungen der jeweiligen Schülerin bzw. des jeweiligen Schülers bilden konnten, sind damit nicht ersichtlich.
- 27 Eine Gruppengröße von höchstens 15 Schülerinnen und Schülern auch für den mündlichen Teil des Probeunterrichts stellt auch dann keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Chancengleichheit dar, wenn davon auszugehen ist, dass an manchen Gymnasien ein (mündlicher) Probeunterricht lediglich mit zwei oder drei Schülerinnen und Schülern stattfinden kann. Zwar gilt der für das Prüfungsrecht maßgebliche Grundsatz der

Chancengleichheit (Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art 3 Abs. 1 GG) auch für schulische Eignungs- und Leistungsbewertungen. Allerdings stehen die Schülerinnen und Schüler im Gegensatz zu den Kandidatinnen und Kandidaten von Berufseingangsprüfungen zumindest in Bezug auf den Zugang zu den verschiedenen Schularten in keinem unmittelbaren Wettbewerb untereinander, da es nicht um die Verteilung knapper Ressourcen geht (vgl. Rux, Schulrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 491). Da der Probeunterricht nach Nr. 2.2.1 an dem Gymnasium stattfinden soll, an dem die Schülerin oder der Schüler angemeldet ist, lässt sich die Anzahl der teilnehmenden Kinder nicht steuern. Aus organisatorischen Gründen kann es daher unumgänglich sein, dass es zu einem Probeunterricht mit einer geringeren Gruppengröße kommt. Dies stellt weder einen Vorteil noch einen Nachteil für die teilnehmenden Kinder dar. Eine gleichmäßige Beurteilung ist durch § 3 Abs. 4 Satz 1 GSO, wonach die schriftlichen Aufgaben landeseinheitlich gestellt und von je zwei Fachlehrkräften benotet werden, sowie aufgrund der dezidierten Vorgaben der Ministerialbeauftragten sichergestellt.

- 28 Im Übrigen ist zweifelhaft, ob das Verwaltungsgericht verbindlich eine Prüfungszeit pro Fach und Kind von etwa 12 bis 15 Minuten fordern durfte, obwohl es keine normativen Zeitvorgaben gibt, wie lange der mündliche Teil des Probeunterrichts mindestens zu dauern hat.
- 29 II. Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts die ist mündliche Note der Antragstellerin in Deutsch nicht rechtsfehlerhaft zustande gekommen.
- 30 Soweit das Verwaltungsgericht meint, eine ergänzende Würdigung von Anlagen, Verhalten und Mitarbeit zur Beurteilung der gymnasialen Eignung widerspreche der Formulierung in § 3 Abs. 4 Satz 2 GSO, wonach die mündlichen Leistungen zu benoten seien, kann dem nicht gefolgt werden. Dies lässt den in Art. 44 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1 BayEUG formulierten Zweck des Probeunterrichts unberücksichtigt, ausgehend vom Anforderungsprofil des Gymnasiums das Vorliegen der gymnasialen Eignung der teilnehmenden Schülerinnen und Schüler festzustellen. Da es sich beim Probeunterricht gerade nicht um eine schriftliche und mündliche Aufnahmeprüfung handelt, ist es gerechtfertigt und vom pädagogischen Beurteilungsspielraum der Schule umfasst, die mündlichen Leistungen nicht allein anhand des im Unterrichtsgespräch gezeigten fachlichen Wissens in den Fächern Deutsch und Mathematik zu bewerten, sondern die pädagogischen Einschätzungen miteinzubeziehen, die sich aufgrund der Beobachtungen der Lehrkräfte ergeben. Dies entspricht Nr. 2.2.3 des Schreibens vom 17. März



2023, wonach Grundlage des Probeunterrichts die im LehrplanPLUS Grundschule für die Fächer Deutsch und Mathematik ausgewiesenen Inhalte und Kompetenzerwartungen sind, und dürfte zudem regelmäßig auch im Interesse der Kinder liegen.

- 31 Nachdem somit die mündliche Note der Antragstellerin in Deutsch nicht rechtsfehlerhaft zustande gekommen ist, kann dahingestellt bleiben, ob der vom Verwaltungsgericht gerügte Fehler lediglich zu einer Neubewertung des mündlichen Teils des Probeunterrichts in Deutsch geführt hätte, weil dieser Teil mit Hilfe der Aufzeichnungen rekonstruierbar wäre, oder dessen Wiederholung zur Folge hätte, weil auf andere Weise eine zuverlässige Bewertungsgrundlage für die erneut vorzunehmende Benotung nicht zu erlangen wäre.
- 32 C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1 und 3, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 1 GKG i.V.m. Nr. 1.5 und 38.4 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit.
- 33 Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

Klein

Winter

Peter