

---

# THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



## - 1. Senat -

1 EO 655/14

Verwaltungsgericht Weimar

- 2. Kammer -

2 E 1101/14 We

## Beschluss

In dem Verwaltungsstreitverfahren

des Kindes \_\_\_\_\_ S \_\_\_\_\_,

H \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ O \_\_\_\_\_

gesetzlich vertreten durch die Eltern,

**Antragsteller und Beschwerdegegner**

bevollmächtigt:

Rienecker Rechtsanwälte,

Ichtershäuser Straße 74, 99310 Arnstadt

**gegen**

den Freistaat Thüringen,

vertreten durch den Thüringer Minister für Bildung, Wissenschaft und Kultur,

Werner-Seelenbinder-Straße 7, 99096 Erfurt

**Antragsgegner und Beschwerdeführer**

**wegen**

Schulrechts,

hier: Beschwerde nach § 123 VwGO

---

---

hat der 1. Senat des Thüringer Oberverwaltungsgerichts durch die Richterin am Oberverwaltungsgericht Dr. Jung als Berichterstatterin

am 10. Dezember 2014 **beschlossen** :

Das Verfahren wird eingestellt. Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Weimar vom 8. September 2014 ist wirkungslos.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 2.500 € festgesetzt.

### **G r ü n d e**

Gem. § 87a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwGO entscheidet die Berichterstatterin im vorbereitenden Verfahren, das erst mit dem Aufruf der Sache in der mündlichen Verhandlung endet (Posser/Wolff, VwGO, 2014, § 87a, Rn. 4).

Nachdem die Beteiligten den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, ist das Verfahren in entsprechender Anwendung des § 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO einzustellen. Der Klarstellung halber ist auszusprechen, dass der angegriffene Beschluss wirkungslos ist (§§ 173 VwGO, 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO in entsprechender Anwendung).

Über die Kosten ist unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen zu entscheiden (§ 161 Abs. 2 VwGO). Billigem Ermessen entspricht es in der Regel, demjenigen Beteiligten die Kosten aufzuerlegen, der voraussichtlich im Rechtsstreit unterlegen gewesen wäre.

Angesichts des Umstandes, dass vorliegend lediglich das Interesse des Antragstellers an einer streitigen Entscheidung entfallen ist, handelt es sich um eine verdeckte Rücknahme, weshalb dem Antragsteller in Anwendung des Rechtsgedankens des § 155 Abs. 2 VwGO die Verfahrenskosten auferlegt werden.

Aber auch unabhängig hiervon entspräche es dem billigen Ermessen, die Verfahrenskosten dem Antragsteller aufzuerlegen, denn sein Eilantrag auf die vorläufige

---

Zulassung zur 6. Jahrgangsstufe des „K\_\_\_\_\_ -Gymnasiums“ in B\_\_\_\_\_ wäre im Rahmen einer nur summarischen Prüfung voraussichtlich ohne Erfolg geblieben.

Wie der Senat im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 26. November 2014 in den vergleichsweise erledigten Parallelverfahren ausgeführt hat, ist nicht mehr davon auszugehen, dass die für den Übergang in den gymnasialen Bildungsweg maßgebliche Vorschrift des § 7 Abs. 2 Thüringer Schulgesetz - ThürSchulG - vom 6. August 1993 (GVBl. S. 445) i. d. F. der Bekanntmachung vom 30. April 2003 (GVBl. 2003, 238), zuletzt geändert durch Art. 5 des Thüringer Haushaltsbegleitgesetzes 2013/2014 vom 31. Januar 2013 (GVBl. S. 22) verfassungswidrig ist. § 7 Abs. 2 ThürSchulG dürfte vielmehr den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Eingriffe in das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG und das Recht des Kindes aus Art. 2 Abs. 1 GG entsprechen.

Anders als noch in der ursprünglichen Fassung des Thüringer Schulgesetzes von 1993 (vgl. hierzu ThürOVG, Beschluss vom 22. Oktober 1996 - 1 EO 539/96 - juris) hat der Gesetzgeber nunmehr selbst die wesentlichen Entscheidungen für den Übergang auf das Gymnasium getroffen und dies nicht mehr weitgehend dem Verordnungsgeber überlassen. Die einschlägige Regelung des § 7 Abs. 2 ThürSchulG beschränkt sich - im Unterschied zu der entsprechenden Regelung im Thüringer Schulgesetz von 1993 - nicht mehr lediglich auf die Vorgabe, dass der Schüler bei der Erfüllung bestimmter Leistungsvoraussetzungen, auf Empfehlung der Klassenkonferenz oder nach bestandener Aufnahmeprüfung an das Gymnasium übertreten kann. In der heutigen Fassung regelt § 7 Abs. 2 ThürSchulG, dass Voraussetzung für den Übertritt an das Gymnasium eine bestandene Aufnahmeprüfung in Form eines Probeunterrichts ist. Maßstab für das Bestehen der Aufnahmeprüfung ist, dass der Schüler für den Besuch des Gymnasiums nicht offensichtlich ungeeignet sein darf. Die Aufnahmeprüfung ist lediglich dann nicht erforderlich, wenn der Schüler bestimmte Leistungsvoraussetzungen erreicht, die in der ThürSchulO vom 20. Januar 1994 (GVBl. S. 185 in der Fassung der 12. Änderungsverordnung vom 7. Juli 2011 - GVBl. S. 208 -) im Einzelnen angegeben sind bzw. wenn dem Schüler auf der Grundlage seiner bisherigen Leistungen, seines Leistungsvermögens und seiner Leistungsbereitschaft eine Empfehlung für den Bildungsweg des Gymnasiums gegeben wird, weil eine erfolgreiche Mitarbeit an dem Gymnasium erwartet werden kann.

---

Damit gibt § 7 Abs. 2 ThürSchulG, anders als in der Fassung von 1993, heute eine Reihenfolge vor, aus der sich entnehmen lässt, dass grundsätzlich eine Aufnahmeprüfung mit einer negativen Auslese offensichtlich ungeeigneter Schüler Voraussetzung für den Übergang zum Gymnasium ist. Von dieser Prüfung wird bei Schülern abgesehen, die schon aufgrund ihrer bisherigen Leistungen bzw. einer entsprechenden Empfehlung eine erfolgreiche Teilnahme erwarten lassen. Damit ist ein klarer Gestaltungsrahmen für das Verhältnis der drei Übergangsformen mit der Aufnahmeprüfung als Regel und der Befreiung von dieser Prüfung vorgegeben worden. Soweit in der Praxis der größere Teil der ein Gymnasium besuchenden Schüler keine Aufnahmeprüfung ablegen sollte, führt dies nicht zur Fehlerhaftigkeit des gesetzlich verankerten Ausgangspunktes der Notwendigkeit einer Aufnahmeprüfung. Die Ausnahmemöglichkeiten haben eine Vereinfachung des Übergangsverfahrens zur Folge, da sich die Durchführung eines Probeunterrichtes auf die Kinder beschränkt, für die auf der Grundlage ihres Zeugnisses bzw. einer Empfehlung nicht schon positiv über ihre Eignung für das Gymnasium befunden worden ist. Nach welchen Maßstäben diese positive Eignung festgestellt wird, bedarf dagegen keiner näheren Regelung durch den Gesetzgeber.

Der Gesetzgeber hat nunmehr in § 7 Abs. 2 Sätze 2 und 3 ThürSchulG auch den Maßstab geregelt, von dem der Zugang zum Gymnasium abhängen soll. Gem. § 7 Abs. 2 Satz 2 ThürSchulG ist die Aufnahmeprüfung nicht bestanden, wenn sich der Schüler für den Bildungsweg am Gymnasium als offensichtlich ungeeignet erweist. Es erfolgt eine negative Auslese, d. h. nur die offensichtlich ungeeigneten Kinder werden vom Besuch eines Gymnasiums abgehalten. Dies trägt der verfassungsrechtlichen Vorgabe Rechnung, dass das in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verankerte Wahlrecht der Eltern nicht mehr als notwendig begrenzt werden darf, auch wenn der Staat grundsätzlich das Recht hat, den Zugang zum Gymnasium einzuschränken, um dem ihm übertragenen Erziehungsauftrag gerecht zu werden und einen funktionsfähigen Schulbetrieb zu ermöglichen (vgl. BVerfG, Urteil vom 6. Dezember 1972 - 1 BvR 230/70 - BVerfGE 34, 165, 184; Senatsbeschluss vom 22. Oktober 1996 - 1 EO 539/96 - juris - Rdn. 4; OVG NRW, Beschluss vom 28. September 2000 - 19 E 691/00 - juris). Die Beschränkung auf eine negative Auslese war vom Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung der Landesregierung (Landtagsdrucksache 3/2693) auch beabsichtigt. Mit der Einfügung des § 7 Abs. 2 Satz 3 ThürSchulG durch das Gesetz zur Änderung des Thüringer Schulgesetzes und des

---

Thüringer Gesetzes über die Finanzierung der staatlichen Schulen vom 20. Dezember 2010 (GVBl. S. 530) hat der Gesetzgeber den Begriff der offensichtlichen Ungeeignetheit lediglich konkretisiert.

Entgegen der Auffassung des Antragstellers durfte in dieser Situation nicht auf die aktuellen Zeugnisse des Antragstellers gem. § 7 Abs. 2 Satz 4 ThürSchulG i. V. m. § 125 Abs. 1 Nr. 1 Abs. 2 Nr. 2 ThürSchulO bzw. auf die Empfehlung der Klassenkonferenz gem. § 125 Abs. 1 Nr. 2 ThürSchulO für den Ausschluss einer offensichtlichen Ungeeignetheit für den gymnasialen Bildungsweg abgestellt werden. Der Antragsteller besuchte eine private Gemeinschaftsschule, die zwar staatlich genehmigt ist, der aber gegenwärtig ab der Klasse 5 die Anerkennung gem. § 10 des Thüringer Gesetzes über Schulen in freier Trägerschaft vom 20. Dezember 2010 (GVBl. S. 522 - ThürSchfTG) fehlt. Erst mit der Anerkennung einer Ersatzschule nach § 10 Abs. 1 ThürSchfTG erhält die Schule gem. § 10 Abs. 2 ThürSchfTG das Recht, nach den für die entsprechenden staatlichen Schulen geltenden Vorschriften Prüfungen abzuhalten und Zeugnisse zu erteilen, die die gleichen Berechtigungen verleihen wie die der staatlichen Schulen. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass die Zeugnisse und Empfehlungen einer nicht anerkannten Ersatzschule nicht mit denen der staatlichen Schulen vergleichbar sind. Folglich ist bei solchen Schulen ein Übertritt zum gymnasialen Bildungsweg an einer staatlichen Schule nur bei Bestehen der Aufnahmeprüfung möglich. Die Gültigkeit der Regelung des § 10 Abs. 2 ThürSchfTG hängt insbesondere nicht davon ab, dass die mangelnde staatliche Anerkennung weder im Rahmen des § 7 ThürSchulG noch im Rahmen der ThürSchulO ausdrücklich ausgeführt ist.

Der bei der Antragsstellung vorgebrachte Einwand des Antragstellers, mangels Information und Beratung des Antragstellers bzw. seiner Eltern habe das Übertrittsverfahren gem. § 126 ThürSchulO noch nicht begonnen, führt im Rahmen einer nur summarischen Prüfung im Eilverfahren zu keinem anderen Ergebnis. Es ist schon nicht vorgetragen, dass sich die Eltern der Antragsteller überhaupt um entsprechende Informationen bzw. um eine Beratung in der Schule bzw. bei dem Schulamt bemüht haben. Vielmehr stellt es sich nach Aktenlage so dar, als hätten seine Eltern erst in den Sommerferien den Entschluss gefasst, den Antragsteller auf ein Gymnasium umzuschulen. Auch müssen die jeweiligen Fristen für das jährliche Verfahren nicht bereits im Gesetz geregelt sein.

---

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 i. V. m. §§ 47, 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes (GKG). Der Auffangstreitwert wurde im Eilverfahren halbiert (Nr. 38.4 und 1.5 des Streitwertkatalogs vom 18. Mai 2013 - veröffentlicht <http://www.bverwg.de/medien/pdf/streitwertkatalog.pdf>).

Hinweis:

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Dr. Jung