

dierenden allenfalls auf andere Module ausweichen. Diese Regelung zeigt, dass die Prüfungsbewertung unmittelbare Auswirkung auf den Studienverlauf hat. Zudem sind die einzelnen Abschlüsse in den Modulen für den Studienabschluss relevant (vgl. § 12 Abs. 1 StuPO FHNW). Das Erreichen der ECTS-Credits steht nicht im Ermessen der Direktion oder der Hochschulleitung der FHNW, sondern bestimmt sich nach der Rahmenordnung und der StuPO FHNW auch aus den Noten der Modulprüfungen (§ 6 Rahmenordnung; § 7 StuPO FHNW und Anhang). Die Wirkung der einzelnen Note einer Modulprüfung ist daher nicht auf die tatsächlichen Folgen beschränkt. Die Bewertung einer Prüfung mit den reglementarischen ECTS-Credits im Leistungsausweis trifft eine Feststellung mit hoheitlichem Charakter. Der Leistungsausweis vom 12. März 2010 stellt daher nach der Rahmenordnung, der StuPO FHNW und den Auswirkungen einen Entscheid mit hoheitlichem Charakter gemäss § 26 VRPG dar.

(...)

3.3.

Die Beschwerdekommision FHNW führt des Weiteren an, dass sie nach § 33 Abs. 5 Staatsvertrag FHNW bei Beschwerden gegen Prüfungsentscheide eine beschränkte Kognition habe. Die eingeschränkte Kognition ist jedoch keine Frage der Zuständigkeit, sondern der Überprüfungsbefugnis einer Rechtsmittelinstanz.

#### **48 Kindergartenzuteilung**

- **Die Abweisung eines Gesuches um Umteilung in einen andern Kindergarten stellt eine Verfügung dar.**
- **Die Abgrenzung schulorganisatorischer Massnahmen von Realakten.**
- **Nichteintretensentscheide, welche eine anfechtbare Verfügung verneinen, können mit Beschwerde angefochten werden.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 23. Februar 2011 in Sachen A. und B. gegen O. und Z. (WBE.2010.281).

*Aus den Erwägungen*

## 1.2.

Der Schulrat hat seinen Entscheid vom 23. Juni 2010 mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen, wonach sein Entscheid mit Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat angefochten werden kann. Die für den Regierungsrat instruierende Behörde, das BKS, vertritt mit Unterstützung des Rechtsdienstes des Regierungsrates die Auffassung, beim erstinstanzlichen Entscheid der Schulpflege O. vom 7. Juni 2010 handle es sich um eine schulorganisatorische Massnahme, welche auch nach Inkrafttreten des revidierten Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 5. Dezember 2007 nicht angefochten werden könne. Aus den gleichen Überlegungen ist der Schulrat auf die Beschwerde nicht eingetreten. Den Nichteintretensentscheid begründete der Schulrat insbesondere damit, dem angefochtenen Entscheid der Schulpflege komme keine Verfügungsqualität zu und er stelle einen Realakt dar. Aus diesen Gründen fehle ein zulässiges Anfechtungsobjekt, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten sei.

Unabhängig davon, ob diese Betrachtungsweise zutrifft oder nicht, d.h. ob der Schulrat auf die Beschwerde zu Recht oder zu Unrecht nicht eingetreten ist (dazu nachfolgend Erw. II/2), handelt es sich bei seinem Nichteintretensbeschluss um einen nach § 41 VRPG weiterziehbaren Entscheid. In diesem (End-) Entscheid wird das Verfahren vor dem Schulrat formell mit einem Prozessentscheid abgeschlossen. Verneint der Schulrat als Beschwerdeinstanz das Vorliegen einer anfechtbaren Verfügung, so ist der so motivierte Nichteintretensentscheid der Überprüfung zugänglich (vgl. Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [Kommentar zu den §§ 38-72 VRPG], Diss. Zürich 1998, § 38 N 20 VRPG). Im Rechtsmittelverfahren zu prüfen ist die Rechtmässigkeit des Nichteintretensentscheides. Eine (unbegründete) Beschwerde gegen einen Nichteintretensentscheid führt bei im Übrigen gegebenen Sachurteilsvoraussetzungen zur *Abweisung* der Beschwerde und nicht zu einer (vorfrageweisen) Überprüfung der materiellen Rechtslage mit anschliessendem Nichteintretensentscheid, falls die Prüfung ergibt,

dass der vorinstanzliche Entscheid zutreffend ist. Im angefochtenen Entscheid des Schulrates ist deshalb die Rechtsmittelbelehrung mit Verwaltungsbeschwerde an den Regierungsrat korrekt (§ 78 SchulG; vgl. auch § 50 Abs. 1 lit. a VRPG).

Aus diesen Erwägungen folgt die Zuständigkeit des Regierungsrates für die Beschwerde gegen den Entscheid des Schulrates vom 23. Juni 2010.

1.3. (...)

2.-5. (...)

II.

1.

Der Schulrat ist auf die Beschwerde nicht eingetreten, mit der Begründung, der Zuteilungsentscheid der Schulpflege habe keinen Verfügungscharakter, sondern sei eine organisatorische Massnahme, ein sogenannter Realakt. Es fehle somit an einem zulässigen Anfechtungsobjekt und die Mitteilung der Schulpflege sei fälschlicherweise mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen worden.

2.

2.1.

Anfechtungsobjekt im Beschwerdeverfahren vor dem Schulrat ist der Beschluss der Schulpflege vom 7. Juni 2010. Die Schulpflege hat ein Gesuch der Beschwerdeführer um Zuweisung ihrer Tochter in den Kindergarten "Y." "aus organisatorischen Gründen" abgelehnt. Die Mitteilung der Schulpflege vom 7. Juni 2010 erfüllt alle formellen und inhaltlichen Voraussetzungen eines Entscheides im Sinne von § 26 Abs. 1 bis 4 VRPG. Die Schulpflege hat als zuständige Behörde ein Gesuch der Beschwerdeführer mit dem sie einen Anspruch auf den Besuch des Kindergartens "Y." geltend machten, abgewiesen.

Die Überlegung, dieses Schreiben sei ein blosser Realakt oder eine (informelle) organisatorische Anordnung, vermag angesichts von Form und Inhalt dieses Schreibens nicht zu überzeugen. Unabhängig von der rechtlichen Qualifikation eines Entscheides über die Zuteilung eines Kindergärtners an einen bestimmten Kindergarten stellt die Abweisung eines Gesuches über einen behaupteten Anspruch auch inhaltlich eine Verfügung dar. Mit dem Gesuch haben

die Beschwerdeführer einen Rechtsanspruch auf eine Umteilung ihrer Tochter C. in den Kindergarten "Y." behauptet und geltend gemacht. Die Schulpflege ist auf das Gesuch eingetreten, hat es abgewiesen und damit materiell behandelt.

Der Entscheid der Schulpflege vom 7. Juni 2010 vereinigt damit alle Elemente des Verfügungsbegriffs und ist gemäss § 75 Abs. 1 SchulG bzw. § 41 Abs. 1 VRPG mit Beschwerde anfechtbar.

Der Schulrat hätte daher auf die Beschwerde eintreten müssen. Insoweit ist die Beschwerde begründet.

## 2.2.

Nicht eine Frage des (zulässigen) Anfechtungsobjekts als Prozessvoraussetzung im Beschwerdeverfahren ist, ob die Schulpflege O. diesen Entscheid als Verfügung erlassen durfte. Die Prüfung der Sachurteilsvoraussetzungen (auch) des erstinstanzlichen Entscheides ist von Amtes wegen Gegenstand der Rechtsmittelverfahren (AGVE 2009, S. 292 [betr. Legitimation]; AGVE 2000, S. 356 Erw. 1c [betr. Frist]; je mit Hinweisen). Verneint eine Rechtsmittelinstanz die Sachurteilsvoraussetzungen für den erstinstanzlichen Entscheid, ist die Verfügung von Amtes wegen zu korrigieren. Soweit der Schulrat und das BKS die Auffassung vertreten, die Schulpflege habe gar nicht verfügen dürfen oder können, weil ihrem Beschluss (von Gesetzes wegen) kein Verfügungscharakter oder der Schulpflege keine Verfügungsbefugnis zukommt, hätte der Schulrat eine ungültige Verfügung der Schulpflege von Amtes wegen aufheben müssen.

## 2.3.

### 2.3.1.

Die Auffassung der kantonalen Schulbehörden wonach es sich bei der Verfügung vom 7. Juni 2010 (nur) um einen Realakt oder eine organisatorische Anordnung handelt, vermag auch dogmatisch nicht zu überzeugen. Erstens kann nach den Gesetzen der Logik die Eröffnung und Zustellung des Entscheides nicht als eine nicht-existente Verfügung qualifiziert werden, sie war allenfalls ungültig. Realakte sind sodann Tathandlungen bzw. Verwaltungsmassnahmen, die nicht auf einen rechtlichen, sondern einen tatsächlichen Erfolg gerichtet sind. Sie begründen keine unmittelbaren Rechte und Pflicht-

ten der Privaten, sondern gestalten unmittelbar die Faktenlage in dem sie Tatsachen schaffen (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, Rz. 874c; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009, § 38 N 1 f., insbesondere N 4). Die Abweisung eines Gesuches schafft keine Tatsachen, sondern ist auf Rechtswirkungen ausgerichtet. In jedem Fall stellt ein solcher Entscheid zumindest hoheitlich fest, dass dem Gesuchsteller der behauptete Rechtsanspruch aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht zusteht.

### 2.3.2.

Nach der Rechtsprechung von Regierungsrat und Schulbehörden gelten die Zuweisung von Schülerinnen und Schülern in Schulabteilungen, von Kindern in Kindergartenabteilungen, die Zuteilung zu einem bestimmten Schulhaus oder zu einem Berufsschulstandort als nicht anfechtbare schulorganisatorische Massnahmen (AGVE 2000, S. 596 f.; AGVE 1996, S. 557 f.; RRB 2005-001011). Die Rechtsprechung erging unter dem Verwaltungsrechtspflegegesetz 1968 und wurde damit begründet, dass diese Anordnungen die Rechte und Pflichten eines Schul- bzw. Kindergartenkindes nicht tangieren und ein Rechtsschutz gegen solche Anordnungen die Schulorganisation massiv erschweren würde. Das BKS und der regierungsrätliche Rechtsdienst möchten an dieser Praxis unter dem neuen Verwaltungsrechtspflegegesetz weiterhin festhalten.

Ein Kennzeichen der angeführten schulorganisatorischen Anordnungen im Bildungswesen ist, dass sie in der Regel formlos ergehen. Es handelt sich dabei um Realakte, die in der Typisierung ihrer Verhältnisse zum Entscheid, tatsächliches Verwaltungshandeln oder verfügungsvertretende Akte der normalen Verwaltungstätigkeit darstellen (vgl. dazu Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 866 ff.; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 38 N 14 ff.)

Bei diesen Realakten stellen sich regelmässig Fragen des Rechtsschutzes. In der Literatur und Rechtsprechung werden verschiedene Ansätze diskutiert (vgl. dazu Paul Richli, Zum Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln in der Totalrevision der Bundesrechtspflege, in: AJP 1998, S. 1426 ff.; Häfelin/Müller/Uhl-

mann, a.a.O., Rz. 736a ff. mit Hinweisen; Markus H.F. Mohler, Zur Anfechtbarkeit polizeilicher intervenierender Realakte unter dem Gesichtspunkt der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV – Justizreform, in: AJP 2007, S. 461 ff.; BGE 130 I 369, Erw. 6.1 mit Hinweis). Das Bundesgericht lässt ausnahmsweise die Anfechtung eines Realaktes zu, wenn die organisatorische Massnahme ein durch Verfassung oder durch Gesetz geschütztes Recht, wie zum Beispiel den Anspruch auf Elementarausbildung, tangiert (Herbert Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 2003, Abschnitt 21.723). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann ein Rechtsschutzinteresse auch dann vorliegen, wenn dem Schüler besondere Verhaltenspflichten oder sonstige besondere Nachteile zugemutet werden. Organisatorische Anordnungen können demnach praxisgemäss regelmässig auf dem Rechtsmittelweg angefochten werden, falls sie die Interessen des einzelnen Schülers in spezifischer Weise berühren (Urteil des Bundesgerichts vom 28. März 2002 [2P.324/2001], Erw. 3.3).

### 2.3.3.

Im Rahmen der Justizreform wurde der Rechtsschutz bezüglich des tatsächlichen Verwaltungshandelns auf Bundesebene ausgeweitet und der Art. 25a VwVG eingeführt. Dieser bezieht sich auf die gesamte verfügungsfreie Verwaltungstätigkeit und besagt, dass Personen, welche ein schutzwürdiges Interesse haben, von der zuständigen Behörde eine Verfügung über Handlungen verlangen können, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte und Pflichten berühren (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 737a ff.). Sinn und Zweck des Art. 25a VwVG ist die Verkleinerung des Rechtsschutzdefizits, welches vor der Revision der Bundesrechtspflege im Bereich des tatsächlichen Verwaltungshandelns bestanden hat (BGE 136 V 156, E. 4.2). Art. 25a VwVG ist allerdings im kantonalen Verwaltungsprozessrecht nicht unmittelbar anwendbar. Im Rahmen ihrer Organisations- und Verfahrensautonomie sind die Kantone frei, eine abweichende Lösung zur Gewährleistung der Rechtsweggarantie des Art. 29a BV zu treffen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 737d; Christina Kiss, Rechtsweggarantie und Totalrevision der Bundesrechtspflege, in: ZBJV 1998, S. 291 ff.).

Im Verwaltungsrechtspflegegesetz fehlt eine Bestimmung, welche den Beschwerdeweg analog zu Art. 25a VwVG mittels eines Anspruchs auf eine Feststellungsverfügung öffnet. Stattdessen wurde in § 60 Abs. 1 lit. d VRPG die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts im Klageverfahren für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten für jene Fälle begründet, "in denen in Rechtspositionen von Privaten eingegriffen wird, ohne dass ein Entscheid ergeht oder Klage vor einer anderen Instanz erhoben werden kann". Nach dem Willen des Gesetzgebers soll diese Zuständigkeitsnorm den Rechtsschutz nach Art. 29a BV, die Rechtsschutzgarantien der EMRK und des Internationalen Pakts über die bürgerlichen und politischen Rechte im Sinne einer Auffangnorm gewährleisten (Botschaft des Regierungsrates vom 14. Februar 2007 [07.27] S. 73/74). Entsprechend restriktiv sind die Voraussetzungen für diese Zuständigkeit normiert und verlangen insbesondere, dass "kein Entscheid ergeht". Aus diesem Wortlaut und aus dem systematischen Bezug zur Gleichstellung der Rechtsverweigerung mit anfechtbaren Entscheiden (§ 41 Abs. 2 VRPG) einerseits und zur Beschwerdemöglichkeit bei einer (behaupteten) Verletzung der Rechtsweggarantie (§ 54 Abs. 4 VRPG) andererseits folgt, dass in allen Fällen, in denen ein Entscheid einer Verwaltungsbehörde *tatsächlich* ergeht, vorliegt oder verweigert wird, der Rechtsschutz im Beschwerdeverfahren zur Anwendung kommt.

#### 2.3.4.

Im vorliegenden Fall hat die Kindergartenleitung über die Zuteilung der Kinder in die Kindergärten "X." und "Y." definitiv entschieden. Im Nachgang zu dieser (formlosen) Zuteilung der Tochter der Beschwerdeführer in den Kindergarten "X." hat die Schulpflege O. das Gesuch der Beschwerdeführer um eine Umteilung ihrer Tochter C. in den Kindergarten "Y." abgelehnt. Streitgegenstand im Beschwerdeverfahren vor dem Schulrat war daher nicht die organisatorische Zuteilung der Kindergartenleitung, sondern das im angefochtenen Entscheid abgelehnte Gesuch um Umteilung von C.. Ob die von der Kindergartenleitung vorgenommene formlose Zuteilung eine schulorganisatorische Massnahme, ein Realakt ohne Verfügungscharakter und Anfechtungsmöglichkeit darstellt, kann offen gelassen werden.

Mit dem Entscheid der Schulpflege vom 7. Juni 2010 liegt auch "tatsächlich" ein Entscheid vor, weshalb § 60 lit. d VRPG keine Anwendung finden kann. Mit der Abweisung des Gesuches wurde schliesslich ein (Rechts-) Anspruch auf Umteilung von C. in den Kindergarten "Y." verneint. Ob die (nachträgliche) Verfügung der Schulpflege mit Bezug auf die Zuteilung der Kindergartenleitung allenfalls auch als Feststellung der Rechtmässigkeit einer organisatorischen Massnahme zu qualifizieren ist und welcher Rechtsschutz nach kantonalem Recht bei organisatorischen Anordnungen im Bildungsbereich besteht, muss im vorliegenden Verfahren nicht abschliessend entschieden werden.

Im Hinblick auf die Meinungsäusserungen von Schulbehörden und Verwaltung erscheint es angebracht, ergänzend auf § 54 Abs. 2 und § 55 Abs. 2 VRPG und die bundesgerichtliche Rechtsprechung hinzuweisen. Aus dem Bildungsbereich finden sich im Ausnahmekatalog (§ 54 Abs. 2 VRPG, vgl. auch Art. 83 BGG) nur die Schulstandorte angeführt, während die Zuteilung von Ausbildungsgängen und die Festlegung von Klassengrössen an Schulen, wenn auch mit eingeschränkter Kognition des Gerichts, im Beschwerdeverfahren anfechtbar sind (§ 55 Abs. 2 VRPG). Letztinstanzliche Entscheide in Streitigkeiten über die Bestätigung einer Zuweisung von Schülern in Klassen und Schulhäuser sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Entscheide, die mit öffentlich-rechtlicher Beschwerde angefochten werden können (Urteil des Bundesgerichts vom 27. März 2008 [2C\_495/2007], Erw. 1.1.).

#### 2.4.

Zusammenfassend folgt aus den vorstehenden Erwägungen, dass der Nichteintretensentscheid des Schulrates in formeller Hinsicht - soweit ein Anfechtungsobjekt verneint wurde - und materiell in Bezug auf den Streitgegenstand (Nichteintreten) aufzuheben ist. Der Schulrat und der Regierungsrat hätten auf die Beschwerde eintreten müssen. Der Entscheid des Schulrates ist aufzuheben.

#### 49 Transportkostenersatz bei auswärtigem Schulbesuch

**Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts rechtfertigt die Möglichkeit des privaten Gebrauchs eines auf einem weitreichenden Streckennetz gülti-**