



Obergericht Appenzell Ausserrhoden
4. Abteilung

Urteil vom 31. März 2022

Mitwirkende	Obergerichtsvizepräsident M. Hüsler Oberrichterinnen D. Cadosch Autolitano, M. Gasser Aebischer Oberrichter E. Graf, P. Louis Obergerichtsschreiber D. Hofmann
Verfahren Nr.	O4V 21 41
Sitzungsort	Trogen
Beschwerdeführer	A1. und A2. vertreten durch: RA AA.
Vorinstanz	Departement Bildung und Kultur , Regierungsgebäude, 9102 Herisau
Verfügende Behörde	Amt für Volksschule und Sport , Regierungsgebäude, 9102 Herisau
Gegenstand	Bewilligung von häuslichem Unterricht Beschwerde gegen den Rekursentscheid des Departements Bildung und Kultur vom 29. Oktober 2021

Rechtsbegehren

a) der Beschwerdeführer:

1. Der Entscheid des Amts für Volksschule und Sport vom 14. Juli 2021 sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Der Entscheid des Departements Bildung und Kultur vom 29. Oktober 2021 sei vollumfänglich aufzuheben.
3. Der Antrag vom 30. Juni 2021 um Bewilligung von häuslichem Unterricht für B., geboren am XX.XX.2009, für das Schuljahr 2021/22 sei vollumfänglich gutzuheissen.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

b) der Vorinstanz:

1. Die Beschwerde sei abzuweisen.
2. Eventualiter sei das Verfahren zur materiellen Beurteilung des Antrags der Beschwerdeführer um Bewilligung von häuslichem Unterricht an die Vorvorinstanz zurückzuweisen.

c) der verfügenden Behörde:

Keine Anträge.

Sachverhalt

- A. Mit Eingabe vom 30. Juni 2021 (act. 2.4) reichten A2. und A1. beim Amt für Volksschule und Sport einen Antrag um Bewilligung von häuslichem Unterricht für ihren Sohn B. ein.
- B. Mit Verfügung vom 14. Juli 2021 (act. 2.14) lehnte das Amt für Volksschule und Sport das Gesuch um häuslichen Unterricht ab.
- C. Dagegen liessen A2. und A1., vertreten durch RA AA., mit Eingabe vom 20. Juli 2021 (act. 2.15) beim Departement Bildung und Kultur Rekurs erheben mit den Anträgen, den Entscheid des Amts für Volksschule und Sport aufzuheben und den Antrag vom 30. Juni 2021 um Bewilligung von häuslichem Unterricht gutzuheissen.
- D. Mit Entscheid vom 29. Oktober 2021 (act. 2.19) wies das Departement Bildung und Kultur den Rekurs ab.

- E. Gegen diesen Rekursentscheid liessen A2. und A1. (im Folgenden: Beschwerdeführer), vertreten durch RA AA., mit Eingabe vom 29. November 2021 beim Obergericht Beschwerde erheben, wobei sie eingangs erwähnte Rechtsbegehren stellten.
- F. Mit Schreiben vom 30. Dezember 2021 (act. 8) liess sich das Departement Bildung und Kultur (im Folgenden: Vorinstanz) mit eingangs erwähnten Rechtsbegehren zur Beschwerde vernehmen.
- G. Auf die Begründung der gestellten Anträge wird - soweit erforderlich - in den Erwägungen näher eingegangen.

Erwägungen

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der prozessualen Voraussetzungen ergibt, dass das Obergericht nach Art. 54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) generell zur Behandlung von Beschwerden gegen verwaltungsinterne letztinstanzliche Verfügungen zuständig ist. Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht. Die Beschwerdeführer sind als Adressaten des angefochtenen Rekursentscheids formell beschwert. Da die Vorinstanz ihren Rekurs gegen die Ablehnung der Bewilligung von häuslichem Unterricht abgewiesen hat, sind sie in schutzwürdigen eigenen tatsächlichen und rechtlichen Interessen besonders berührt und daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 59 i.V.m. Art. 32 Abs. 1 VRPG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.
2. Die Nichtigkeit einer Verfügung ist jederzeit und von sämtlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten und kann auch auf dem Rechtsmittelweg festgestellt werden (Urteil des Bundesgerichts 5A_393/2018 vom 21. August 2018 E. 2.1). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Entscheid nur ausnahmsweise nichtig, wenn der ihm anhaftende Mangel besonders schwer wiegt, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht (BGE 145 III 436 E. 4 mit Hinweisen). Die funktionelle oder sachliche Unzuständigkeit führt indes dann nicht zur Nichtigkeit des Entscheids, wenn der verfügenden Behörde auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zukommt oder der Schluss auf Nichtigkeit sich nicht mit der Rechtssicherheit verträgt (BGE 137 III 217 E. 2.4.3; 129 V 485 E. 2.3; 127 II 32 E. 3g).

- 2.1 Die Beschwerdeführer machen geltend, dass gestützt auf Art. 6 des Gesetzes über die Schule und Bildung (Schulgesetz; bGS 411.0) der häusliche Unterricht einer Bewilligung des Departements Bildung und Kultur bedürfe. Offenbar sei im Kanton Appenzell Ausserrhoden organisationsrechtlich diese Bewilligungskompetenz an das Amt für Volksschule und Sport delegiert. Entsprechende Organisationsvorschriften würden jedoch nicht existieren. Daraus folge, dass mit dem Amt für Volksschule und Sport eine unzuständige Behörde entschieden habe, bzw. dass die Zuständigkeit von Anfang an direkt beim Departement Bildung und Kultur gelegen hätte. Die Zuständigkeit zu einer Entscheidung müsse sich aus einer klaren gesetzlich umschriebenen Kompetenz ergeben. Das Organisationsreglement des Departements Bildung und Kultur sei weder in der entsprechenden kantonalen Gesetzessammlung publiziert, noch im Internet zugänglich. Deshalb betrachteten die Beschwerdeführer die Verfügung vom 14. Juli 2021 als nichtig.
- 2.2 Die Vorinstanz begründet die Zuständigkeit des Amts für Volksschule und Sport mit Ziff. 10.2 ihres Organisationsreglements, gemäss welchem der Leiter des Amts für Volksschule und Sport über Bewilligungen für Privatunterricht und Privatschule verfüge. Innerhalb einer Verwaltungsbehörde würden sich die Zuständigkeiten u.a. aus ihrem hierarchischem Aufbau ergeben. Die Verwaltungsbehörden seien zur Selbstkoordination verpflichtet. Die Beschwerdeführer hätten ihren Antrag bei der zuständigen Stelle, dem Amt für Volksschule und Sport eingereicht. Indem sich die Beschwerdeführer nun auf die fehlende Zuständigkeit beriefen, verhielten sich diese widersprüchlich. Es münde rechtsmissbräuchlich an, wenn zuerst der Ausgang des Verfahrens abgewartet werde, um sich bei einem negativen Ergebnis auf die Unzuständigkeit der Behörde zu berufen.
- 2.3 Gemäss Art. 44c Abs. 1 der Verordnung zum Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (Organisationsverordnung, ORV, bGS 142.121) geben sich die Departemente und die Kantonskanzlei Organisationsreglemente. Darin ordnen sie im Rahmen der Gesetzgebung und der Vorgaben des Regierungsrates insbesondere die Detailorganisation (lit. a), die Zuweisung der einzelnen Aufgabenbereiche (lit. b), die Unterschriftsberechtigungen und die Ausgabenkompetenzen (lit. c).

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz lässt sich aus Art. 44c Abs. 1 ORV keine vom Schulgesetz abweichende Zuständigkeit im Organisationsreglement begründen, wird doch in lit. c nur die Unterschriftsberechtigung erwähnt und sind Anordnungen im Organisationsreglement lediglich im Rahmen der Gesetzgebung zulässig. Nach Auffassung des Obergerichts begründet Art. 10.2 lit. b des Organisationsreglements des Departements Bildung und Kultur (act. 14) zudem nur die Verfügungskompetenz des Leiters Amt für Volksschule und Sport *für die zuständige Organisationseinheit, welcher gemäss Gesetzgebung die Verfügungskompe-*

tenz zugeordnet ist (Art. 10.1 des Organisationsreglements). Dies bedeutet, dass der Leiter des Amts für Volksschule berechtigt ist, Verfügungen der zuständigen Organisationseinheit gemäss Schulgesetz zu unterzeichnen; jedoch wird daraus keine vom Schulgesetz abweichende Zuständigkeit des Amts für Volksschule und Sport begründet. Damit ging die Vorinstanz im angefochtenen Rekursentscheid zu Unrecht von einer Zuständigkeit des Amts für Volksschule und Sport für Bewilligungen für den häuslichen Unterricht aus, vielmehr ist nach Art. 6 Abs. 2 SchG die Vorinstanz zuständig, erstinstanzlich über Bewilligungen für den häuslichen Unterricht zu entscheiden. Zudem gilt es festzuhalten, dass die Beschwerdeführer die Unzuständigkeit des Amts für Volksschule und Sport bereits im Rekursverfahren gerügt haben (vgl. S. 3 der Rekurschrift). Im Rekursentscheid ist die Vorinstanz denn auch in E. 5 auf diese Rüge eingegangen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Beschwerdeführer den Antrag beim unzuständigen Amt für Volksschule und Sport eingereicht haben, zumal dies alleine darauf zurückzuführen ist, dass auf dem Antragsformular das Amt für Volksschule und Sport als Adressat aufgeführt ist (<https://www.ar.ch/verwaltung/departement-bildung-und-kultur/amt-fuer-volksschule-und-sport/abteilung-regelpaedagogik/privatschulung-und-projekte/privatschulung/privatunterricht-haeuslicher-unterricht/>). Damit kann von rechtsmissbräuchlichem Verhalten der Beschwerdeführer keine Rede sein. Vielmehr wäre das Amt für Volksschule und Sport nach Art. 2 VRPG verpflichtet gewesen, seine Zuständigkeit zu prüfen und die Eingabe an die zuständige Behörde weiterzuleiten.

- 2.4 Im vorliegenden Fall kommt dem Amt für Volksschule und Sport keine allgemeine Entscheidungskompetenz für Sonderbewilligungen im Bereich des Schulrechts zu, was allenfalls gegen einen Nichtigkeitsgrund sprechen würde. Für den Besuch von privaten Schulen (Art. 6 Abs. 1 SchG), Massnahmen (Art. 12 Abs. 2 SchG) und Betriebsbewilligungen für Sonderschulungen (Art. 12a Abs. 2 SchG) ist vielmehr explizit das Departement Bildung und Kultur zuständig. Nach Art. 51 Abs. 2 SchG erfüllt das Departement Bildung und Kultur zudem die Aufgaben, die ihm durch dieses Gesetz, die Verordnungen oder durch Beschluss des Regierungsrates übertragen werden. Ferner erledigt es alle Angelegenheiten, die nicht einer anderen Instanz übertragen sind. Mit der Verweigerung der Bewilligung für den häuslichen Unterricht hat das Amt für Volksschule und Sport damit über etwas befunden, das klar nicht in seinen Kompetenzbereich fällt. Zu berücksichtigen ist ausserdem, dass der Rechtsmittelweg gegen Entscheide des Departements Bildung und Kultur betreffend Zulassung zum häuslichen Unterricht über den Regierungsrat führt (Art. 54 Abs. 1 SchG i.V.m. Art. 31 Abs. 1 VRPG). Der Mangel der fehlenden Zuständigkeit war im Weiteren leicht erkennbar und wurde von den Beschwerdeführern bereits im Rekursverfahren gerügt. Im Übrigen werden von der Vorinstanz keine ähnlich gelagerten Fälle vorgebracht, welche den Schluss zulassen würden, dass die Annahme der Nichtigkeit der Verfügung des Amts für Volksschule und Sport vom 14. Juli 2021 nicht mit der Rechtsicherheit vereinbar wäre.

3. Mit Blick auf diese Rechtslage ist damit festzustellen, dass dem Amt für Volksschule und Sport für die Verfügung vom 14. Juli 2021 keine Verfügungskompetenz zukam, was im vorliegenden Fall einen Nichtigkeitsgrund bildet. Die Nichtigkeit der Verfügung vom 14. Juli 2021 hätte bereits die Vorinstanz im Rekursverfahren feststellen müssen, weshalb sie mangels Anfechtungsobjekts gar nicht auf den Rekurs hätte eintreten dürfen. Daher ist das Gesuch der Beschwerdeführer vom 30. Juni 2021 weiterhin als pendent zu betrachten, womit der angefochtene Rekursentscheid in teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache zur erstinstanzlichen Behandlung des Gesuchs vom 30. Juni 2021 für den häuslichen Unterricht an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Da sich dieses Gesuch auf das Schuljahr 2021/2022 bezieht, ist den Beschwerdeführern vor dem Entscheid über die Bewilligung das rechtliche Gehör zu Frage des aktuellen Rechtsschutzinteresses zu gewähren.
4. Nach Art. 19 Abs. 3 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 VRPG ist im Beschwerdeverfahren vor Obergericht gebühren- und kostenpflichtig, wer ganz oder teilweise unterliegt oder auf dessen Rechtsmittel nicht eingetreten wird. Für dieses Verfahren wird eine Entscheidegebühr von Fr. 1'500.-- erhoben, welche der Vorinstanz auferlegt wird, wobei in Anwendung von Art. 22 Abs. 1 VRPG auf die Erhebung zu verzichten ist. Die Gerichtskasse ist anzuweisen, den Beschwerdeführern den geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-- zurückzuvergüten.
5. Nach Art. 53 Abs. 3 VRPG hat die obsiegende Partei in der Regel Anspruch auf eine Entschädigung für ihre notwendigen Kosten und Auslagen. Die Parteientschädigung geht zulasten der unterliegenden Partei. Aus Billigkeitsgründen kann sie auch der Staats- oder Gemeindekasse auferlegt werden (Art. 59 i.V.m. Art. 24 Abs. 2 VRPG). Ausgangsgemäss ist dem Entschädigungsbegehren der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren zu entsprechen. Die Entschädigung setzt sich zusammen aus einem Honorar und den Barauslagen; die Mehrwertsteuer wird als Zuschlag in Rechnung gestellt (Art. 3 der Verordnung über den Anwaltstarif, AT, bGS 145.53). In Verfahren vor dem Obergericht in Verwaltungssachen wird das Honorar pauschal festgelegt (Art. 13 Abs. 1 lit. c AT) und beträgt Fr. 1'000.-- bis Fr. 10'000.-- (Art. 16 Abs. 1 AT). Innerhalb des für eine Pauschale gesetzten Rahmens richtet sich das Honorar nach den besonderen Umständen des Falles. In Betracht fallen namentlich Art und Umfang der Bemühungen, die Schwierigkeiten des Falles sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten (Art. 17 AT). Grundsätzlich kann die mögliche Bandbreite der Honorare unterteilt werden in
 - a) einfache, unterdurchschnittlich aufwändige Fälle, in denen ein Honorar von Fr. 1'000.-- bis zu Fr. 4'000.-- zu sprechen ist;

- b) mittlere Fälle, die durchschnittlich schwierige Rechts- und/oder Sachverhaltsfragen betreffen und einen durchschnittlichen Aufwand benötigten, in denen ein Honorar in der Grössenordnung von Fr. 4'000.-- bis Fr. 7'000.-- angemessen erscheint; und
- c) schwierige Fälle sowohl bezüglich Sachverhalts- und/oder Rechtsfragen, in denen überdurchschnittlich umfangreiche Eingaben notwendig waren und umfangreiche Akten zu studieren waren, was ein Honorar von Fr. 7'000.-- bis Fr. 10'000.--, bzw. in aussergewöhnlichen Fällen bis zu Fr. 15'000.-- rechtfertigt.

Vorliegend beschränkt sich die gerichtliche Beurteilung auf die Frage der Nichtigkeit, wobei es sich nach Erachten des Obergerichts um einen einfachen Fall handelt, bei welchem keine schwierigen Rechtsfragen zu beantworten und keine umfangreichen Akten zu studieren waren. In Anbetracht der Umstände erscheint ein Honorar von insgesamt Fr. 2'500.-- für das Beschwerdeverfahren als angemessen. Dazu kommen Barauslagen von pauschal 4% sowie 7.7% für die Mehrwertsteuer, was total zu einer Entschädigung von Fr. 2'800.20 führt. Diese Entschädigung ist ausgangsgemäss der Vorinstanz aufzuerlegen.

- 6. Da bereits die Vorinstanz im Rekursverfahren die Nichtigkeit der Verfügung des Amts für Volksschule und Sport vom 14. Juli 2021 hätte feststellen müssen, ist die Sache zur Neuverlegung der Kosten und Entschädigungen des Rekursverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.
- 7. Rückweisungen schliessen das Verfahren nicht ab, sondern weisen es sinngemäss an die Vorinstanz zurück. Sie sind daher den Vor- und Zwischenentscheiden zuzuordnen, weshalb sich ihre Anfechtung nach Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) richtet (BGE 133 V 477 E. 4.2).

Das Obergericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde von A1. und A2. wird der Rekursentscheid des Departementes Bildung und Kultur vom 28. Oktober 2021 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur erstinstanzlichen Behandlung des Gesuchs vom 30. Juni 2021 an das Departement Bildung und Kultur zurückgewiesen.
2. Es wird festgestellt, dass die Verfügung des Amts für Volksschule und Sport vom 14. Juli 2021 betreffend Verweigerung der Bewilligung des Gesuchs um häuslichen Unterricht nichtig ist.
3. Es wird eine Entscheidgebühr von Fr. 1'500.-- festgesetzt, welche auf die Staatskasse genommen wird. Die Gerichtskasse wird angewiesen, den Beschwerdeführern den Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-- zurückzuerstatten.
4. Die Vorinstanz wird verpflichtet, den Beschwerdeführern eine Parteientschädigung von Fr. 2'800.20 (Barauslagen und Mehrwertsteuer inbegriffen) für das Beschwerdeverfahren zu bezahlen.
5. Die Sache wird zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rekursverfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.
6. **Rechtsmittel:**
Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könnte oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 82 ff. Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110, Art. 93 BGG). Andernfalls ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegeben (Art. 113 ff. BGG). In beiden Fällen ist die Beschwerde beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).

7. Zustellung an die Beschwerdeführer über deren Anwalt, die Vorinstanz, die verfügende Behörde und nach Rechtskraft an die Gerichtskasse.

Im Namen der 4. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtsvizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. iur. Manuel Hüsser

lic. iur. Daniel Hofmann

versandt am: 4. April 2022