

INHALT SOMMAIRE

LEITENTSCHEIDE DECISIONS IMPORTANTES

PRÜFUNGEN – EXAMENS

Note der Prüfung in einem Modul; Anfechtbarkeit (VGE)	301
Nichtbestehen Maturitätsprüfung; Anfechtbarkeit von Erfahrungsnoten (VGE)	311
Bemerkungen	322

STEUERN – IMPOTS

Schenkungssteuer; Liegenschaftsverkauf unter dem amtlichen Wert (VGE)	331
---	-----

BAU UND PLANUNG – CONSTRUCTIONS ET AMENAGEMENT

Änderung einer kommunalen Überbauungsordnung; Beschwerdebefugnis (VGE)	343
--	-----

WASSERBAU – AMENAGEMENT DES EAUX

Verfügung über kantonalen Wasserbauplan; Sprungrekurs (VGE)	354
---	-----

SOZIALVERSICHERUNG – ASSURANCES SOCIALES	
Krankenversicherung; Verwirkung des Anspruchs auf Rückforderung (VGE)	360

VERFAHREN – PROCEDURE

Kosten der überbetrieblichen Kurse; Zuständigkeit und Verfahren (VGE)	365
siehe auch Seiten 301, 311, 343, 354 und 360	

GESETZGEBUNG LEGISLATION

Das neue Gesetz über die politischen Rechte (PRG)	375
---	-----

Die BVR enthält die autorisierte Sammlung der Leitescheide des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern. In den übrigen Teilen ist die BVR vom Verwaltungsgericht unabhängig und gibt nicht dessen Auffassung wieder.
Herausgeber: Verein Bernische Verwaltungsrechtsprechung.
www.ebvr.ch

La JAB contient le recueil officiel des jugements importants du Tribunal administratif du canton de Berne. Dans ses autres parties, la JAB est indépendante du Tribunal administratif et ne reflète pas l'opinion de ce dernier.
Editeur: Association jurisprudence administrative bernoise.
www.ejab.ch

IMPRESSUM

Redaktion/Redaction

Fürsprecherin Dr. Ruth Herzog, Verwaltungsrichterin
Fürsprecher Michel Daum, Verwaltungsrichter
Prof. Bernard Rolli, Juge au Tribunal administratif
Fürsprecher Jürg Scheidegger, Verwaltungsrichter
Fürsprecher Dr. Christoph Auer, Staatsanwalt des Kantons Bern
Dr. Andrea Greiner, Vorsteherin des Rechtsamts der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
Fürsprecher und Notar Peter Kästli, Präsident der Steuerkurskommission des Kantons Bern
Prof. Dr. Markus Müller, Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht sowie öffentliches Verfahrensrecht an der Universität Bern

Redaktionssekretariat/Secrétariat de rédaction

c/o Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern
Tel. 031 634 37 11, bvrredaktion@justice.be.ch

Druck und Administration/Impression et administration

Geiger AG, Habsburgstrasse 19, 3000 Bern 6, Tel. 031 352 43 44
www.geigerdruck.ch, info@geigerdruck.ch

Abonnemente/Abonnements

Zeitschrift ohne eBVR Fr. 145.–, Studierende Fr. 72.50
Zeitschrift mit eBVR Fr. 172.–, Studierende Fr. 86.–
Einzelheft Fr. 18.–, Jahres- und Mehrjahresregister
Revue sans eLAB Fr. 145.–, étudiant(e)s Fr. 72.50
Revue avec eLAB Fr. 172.–, étudiant(e)s Fr. 86.–
Cahier séparé Fr. 18.–, registre annuel et pluriannuel

Bestellungen/Commandes

Geiger AG, 3000 Bern 6, Tel. 031 352 43 44, www.ebvr.ch

Erscheinen/Parution

10-12 x jährlich/par an

ISSN 2296-0074 (Print)
ISSN 2296-0082 (Online)

LEITENTSCHEIDE DECISIONS IMPORTANTES

PRÜFUNGEN EXAMENS

**Urteil des Verwaltungsgerichts (Verwaltungsrechtliche Abteilung)
vom 20. Februar 2013 i.S. X. gegen PH Bern und Rekurskommission PH Bern (VGE 100.2011.489)**

Note der Prüfung in einem Modul: Anfechtbarkeit

1. Ob eine Einzelnote eine Verfügung ist, bestimmt sich grundsätzlich nach den allgemeinen Strukturmerkmalen der Verfügung (E. 1.2). Nichts anderes gilt hier, da Art. 63 PHG auf die Verfügung nach dem VRPG verweist und das Studien- und Prüfungsreglement im Licht von Art. 69 Abs. 4 Satz 1 KV keine hinreichende gesetzliche Grundlage darstellt, um losgelöst vom allgemeinen Verfügungsbegriff Anfechtungsobjekte zu schaffen (E. 1.3-1.5).
2. Einzelne (Fach-)Noten sind im Allgemeinen keine Verfügungen, es sei denn, an ihre Höhe seien bestimmte Rechtsfolgen geknüpft (E. 2.1). Dies ist hier nicht der Fall; dass die Notenhöhe allenfalls die Chancen auf dem Arbeitsmarkt erhöht, ist eine rein faktische Auswirkung (E. 2.2 und 2.3). Die Benotung der Modulprüfung kann daher trotz Mitteilung in Form einer Verfügung nicht angefochten werden (E. 2.4).

Contestation d'une note d'examen d'un module d'enseignement

1. La question du caractère de décision d'une note isolée doit être en principe examinée à la lumière des caractéristiques générales propres à une décision (c. 1.2). Il en va de même en l'occurrence, dans la mesure où l'art. 63 LHEP se réfère à la notion de décision au sens de la LPJA et où le règlement d'étude et d'examen ne constitue pas une base légale suffisante, dans le contexte de l'art. 69 al. 4 phr. 1 ConstC, pour fonder des objets à contester indépendamment de la notion générale de décision (c. 1.3-1.5).

2. Des notes de branche isolées ne constituent en règle générale pas des décisions, sous réserve que des conséquences juridiques déterminées en dépendent (c. 2.1). Tel n'est pas le cas en l'occurrence; le fait que les chances de la personne concernée sur le marché du travail dépendent éventuellement de la hauteur de la note en question ne représente qu'une conséquence purement factuelle de la note (c. 2.2 et 2.3). Dès lors, la note attribuée à l'examen d'un module d'enseignement ne peut être contestée, bien qu'elle ait été communiquée sous la forme d'une décision (c. 2.4).

Sachverhalt (gekürzt):

A.- X. absolviert an der Pädagogischen Hochschule Bern (nachfolgend: PH Bern) das Bachelorstudium Sekundarstufe I. Am 6. Juni 2011 legte er im Modul «Komposition, Kommunikation» des Fachs «Bildnerisches Gestalten» eine mündliche Prüfung ab und erzielte dabei die Note 4. Das Ergebnis der bestandenen Prüfung wurde X. im Rahmen des Leistungsüberblicks mitgeteilt mit dem Hinweis, dass innert 30 Tagen bei der Leitung des Instituts Sekundarstufe I der Erlass einer Verfügung verlangt werden könne. Auf entsprechendes Begehren hin eröffnete die Institutsleiterin die Note am 15. August 2011 in Verfügungsform.

B.- Hiergegen erhob X. am 30. August 2011 Beschwerde bei der Rekurskommission der Pädagogischen Hochschule Bern, welche das Rechtsmittel am 21. November 2011 abwies.

C.- Gegen den Entscheid der Rekurskommission hat X. am 19. Dezember 2011 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Er beantragt, es sei ihm für seine Prüfungsleistung im Modul «Komposition, Kommunikation» die Note 5 zu erteilen oder ihm zu gestatten, die Prüfung zu wiederholen. Die PH Bern und sinngemäss auch die Rekurskommission beantragen die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

1.
 - 1.1 Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig (vgl. auch Art. 64 Abs. 3 des Gesetzes vom 8. September 2004 über die deutschsprachige Pädagogische Hochschule [PHG; BSG 436.91]). Die nachträgliche Verwaltungsrechtspflege wird allerdings nur ausgelöst, wenn es sich bei der strittigen Anordnung um eine Verfügung handelt (BVR 2009 S. 557 E. 1.1, 2006 S. 538 E. 1.1). Das Verwaltungsgericht prüft von Amtes wegen (Art. 20a VRPG), ob dem angefochtenen Entscheid ein taugliches Anfechtungsobjekt zugrunde liegt, wovon die Vorinstanz im vorliegenden Fall ausgegangen ist. Da sich hierzu Fragen von grundsätzlicher Bedeutung stellen, urteilt das Gericht in Fünferbesetzung (Art. 119 VRPG i.V.m. Art. 56 Abs. 2 Bst. a des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

1.2 Die Institutsleiterin hat dem Beschwerdeführer am 15. August 2011 in Verfügungsform eröffnet, dass er in der mündlichen Prüfung vom 6. Juni 2011 im Modul «Komposition, Kommunikation» die Note 4 erzielt hat. Dass sie das Schreiben als Verfügung gekennzeichnet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen hat, bedeutet aber nicht, dass tatsächlich eine Verfügung vorliegt. Unerheblich für die Qualifikation als Verfügung ist insbesondere, ob eine schriftliche behördliche Äusserung alle Elemente einer Verfügung gemäss Art. 52 Abs. 1 VRPG enthält oder ob einzelne davon fehlen (BVR 2011 S. 564 E. 2.3.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 9). Die Verfügungsform ist strikte vom materiellen Verfügungsbegriff zu trennen. Eine Verfügung im Sinn des VRPG liegt nur vor, wenn eine Verwaltungshandlung die vom Verfügungsbegriff geforderten Strukturmerkmale aufweist. Nach ständiger Praxis gilt als Verfügung ein individueller, an Einzelne gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird. Werden durch eine Anordnung oder einen Beschluss einer Behörde keine individuellen Rechte oder Pflichten gestaltend oder feststellend geregelt bzw. werden keine Rechtsfolgen verbindlich festgelegt, mangelt es an einem wesentlichen Verfügungselement (vgl. BGE 135 II 328 E. 2.1).

[Pra 99/2010 Nr. 27]; BVR 2011 S. 564 E. 2.3.1, 2010 S. 557 E. 2.2; eingehend BVR 2009 S. 458 E. 3.3, 2006 S. 538 E. 1.1, je mit weiteren Hinweisen; Merkl/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 8).

1.3 Ungeachtet der Anforderungen, die an den materiellen Verfügungsbegriff gestellt werden, bezeichnet der Gesetzgeber bestimmte Akte zuweilen im Sachgesetzen ausdrücklich als Verfügung, um ihre Anfechtung zu ermöglichen. Die spezialgesetzliche Qualifizierung ist dann bloss deklaratorischer Natur, wenn der fragliche Akt ohnehin die Strukturmerkmale einer Verfügung aufweist. Ist dies nicht der Fall, macht das Spezialgesetz den entsprechenden Akt nicht zur Verfügung; die spezialgesetzliche Qualifizierung bedeutet aber immerhin, dass der Gesetzgeber die Anfechtbarkeit bestimmter Akte unabhängig von ihrer eigentlichen Rechtsnatur ermöglichen will (Verfügungs-Fiktion; vgl. BVR 2009 S. 458 E. 3.2; Markus Müller, in Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum VwVG, 2008 [nachfolgend: Kommentar VwVG], Art. 5 N. 8; ders., Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, in Pierre Tschannen [Hrsg.], BTJP 2006, Neue Bundesrechtspflege, 2007, S. 313 ff. [nachfolgend: Verwaltungsrealakte], 327). In diesen Fällen braucht – jedenfalls aus verfahrensrechtlichen Gründen – nicht überprüft zu werden, ob die Merkmale des materiellen Verfügungsbegriffs erfüllt sind. Solche als Verfügungen bezeichnete Akte sind kraft gesetzlicher Regelung ohne weiteres anfechtbar (vgl. Markus Müller, Verwaltungsrealakte, S. 327; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, § 28 N. 43; vgl. auch Kötz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsschutz des Bundes, 2. Aufl. 1998, N. 194).

1.4 Die hier interessierende Notenn Mitteilung vom 15. August 2011 stützt sich auf Art. 39 des Studien- und Prüfungsreglements vom 14. September 2005 für den Studiengang Sekundarstufe I (nachfolgend: SPR Sek I; BSG 436.911.6). Art. 39 SPR Sek I hat weder durch die Fassung vom 2. Dezember 2011 (in Kraft seit 1.8.2011; neu betitelt: Studien- und Prüfungsreglement für das Bachelor- und Masterstudium Sekundarstufe I; BAG 12-55) noch durch jene vom 2. Juli 2012 (in Kraft seit 1.8.2012) eine Änderung erfahren. Er lautet wie folgt:

Mitteilung der Prüfungsergebnisse

¹ Die Leiterin oder der Leiter des Instituts Sekundarstufe I teilt den Studierenden

das Ergebnis der Prüfungen innert 30 Tagen nach Beendigung der Prüfungssession, in deren Rahmen die Prüfungen stattgefunden haben, mit.

² Ergebnisse nicht bestandener Prüfungen werden in Form einer Verfügung mitgeteilt.

³ Ergebnisse bestandener Prüfungen werden schriftlich im Rahmen des Leistungsüberblicks nach Artikel 23 mitgeteilt, mit dem Hinweis, dass innert 30 Tagen bei der Leiterin oder dem Leiter des Instituts Sekundarstufe I der Erlass einer Verfügung verlangt werden kann.

⁴ [...]

Die Institutsleitung hat somit nach der autonomen Regelung der PH Bern (vgl. hierzu E. 1.5) die Ergebnisse nicht bestandener Prüfungen stets und die Ergebnisse bestandener Prüfungen nur auf Verlangen hin in Verfügungsform zu eröffnen. Art. 39 Abs. 2 und 3 SPR Sek I soll damit offenbar – unabhängig vom materiellen Verfügungsbegriff – ein Anfechtungsobjekt schaffen bzw. fingieren. Solche Regelungen können zur Klärung der Rechtsnatur von Akten der Verwaltung beitragen (vgl. auch Markus Müller, Kommentar VwVG, Art. 5 N. 8 i.Vm. Fn. 27; ders., Verwaltungsrealakte, S. 328; Daniel Widrig, Studieren geht über Prozessieren, in Jusletter 2.5.2011, Rz. 26 und 29). Ob aber aufgrund von Art. 39 Abs. 3 SPR Sek I wie im Fall einer formellgesetzlichen Qualifizierung auf ein taugliches Anfechtungsobjekt geschlossen werden kann, bleibt zu prüfen.

1.5 Die PH Bern ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit, die innerhalb der Grenzen von Verfassung und Gesetz autonom ist (vgl. Art. 1 Abs. 2 PHG). Im Rahmen ihrer Autonomie gibt sich die Schule die Grundordnung (Art. 10 Abs. 1 PHG) und erlässt im Übrigen die Studien- und Prüfungsreglemente (vgl. Vortrag zum PHG, in Tagblatt des Grossen Rates 2004, Beilage 17 [nachfolgend: Vortrag PHG], S. 6 und 16); Letztere sind durch die Erziehungsdirektion des Kantons Bern (ERZ) zu genehmigen (Art. 62 Abs. 2 Bst. a PHG). Konkretisiert wird die Autonomie und damit auch die Rechtssetzungsbefugnis vorab durch das PHG. Zum Verfahren sieht Art. 63 PHG vor, dass das VRPG gilt, soweit dieses Gesetz keine besonderen Vorschriften enthält. Nach Art. 2 Abs. 2 PHG sind Studienleistungen zwar transparent auszuweisen. Eine Regelung, wonach sämtliche Prüfungsergebnisse oder Noten als Verfügungen gelten, kennt das PHG jedoch nicht. Für Verwaltungsverfahren im Bereich des PHG gilt somit das VRPG (vgl. auch Vortrag PHG, S. 24), womit grundsätzlich der allgemeine materielle Verfügungsbegriff massgebend ist.

1.6 Weiteres kommt hinzu: Nach Art. 69 Abs. 4 Satz 1 der Verfassung des Kantons Bern (KV; BSG 101.1), der die Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen regelt, sind alle grundlegenden und wichtigen Rechtssätze des kantonalen Rechts in der Form des Gesetzes zu erlassen. Das Studien- und Prüfungsreglement der PH Bern stellt kein formelles Gesetz dar; ihm kommt lediglich Verordnungsrang zu (vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 15 N. 5). Was «grundlegend und wichtig» ist, hat der Verfassungsgeber in Satz 2 von Art. 69 Abs. 4 KV in Form eines beispielhaften, nicht abschliessenden Katalogs konkretisiert. Fällt eine Materie nicht unter diesen Katalog, so ist anhand verschiedener, in der Verfassung zum Ausdruck kommender und von der Doktrin entwickelter Kriterien zu entscheiden, ob eine Regelung auf Gesetzesstufe erforderlich ist (BVR 2000 S. 77 E. 4b/cc; Walter Kälin, Gesetz und Verordnung, in Kälin/Bolz [Hrsg.], Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, 1995, S. 129 ff., 140, auch zum Folgenden). Auf Wichtigkeit im Sinn von Art. 69 Abs. 4 Satz 1 KV ist u.a. dann zu schliessen, wenn von der Regelung ein grosser Adressatenkreis betroffen ist, mit der Regelung ein starker Grundrechtseingriff, andere weitreichende, besonders stark belastende Verpflichtungen oder starke Abweichungen von grundlegenden Prinzipien und Regeln einhergehen. Im Licht dieser Kriterien bedarf die hier interessierende Materie, wie dies auch für die wesentlichen Bestimmungen über die behördliche Zuständigkeitsordnung gilt (vgl. BGE 134 I 125 E. 3.2), einer formellgesetzlichen Grundlage: Zum einen betrifft die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein beständiges Prüfungsergebnis angefochten werden kann, eine Vielzahl von Adressatinnen und Adressaten. Zum anderen soll Art. 39 Abs. 3 SPR Sek I offenbar ungeachtet der Strukturmerkmale der Verfü gung Aufhebungsobjekte schaffen, womit gegebenenfalls in erheblichem Mass von grundlegenden und seit langem anerkannten Prinzipien abgewichen wird (vgl. E. 1.2 hier vor). Was Gegenstand der nachträglichen Verwaltungspflege sein kann, ist nach dem Gesagten in einem formellen Gesetz zu regeln. Art. 39 Abs. 3 SPR Sek I stellt demnach keine hinreichende gesetzliche Grundlage dar, um losgelöst von den Strukturmerkmalen der Verfü gung Aufhebungsobjekte zu schaffen.

1.7 Die hier strittige Einzelnote kann folglich nur angefochten werden, wenn sie eine Verfü gung im Sinn des VRRPG darstellt (vgl. E. 1.2).

2.

2.1 Einzelne Fachnoten stellen nach der Literatur und Rechtsprechung im Allgemeinen keine selbständig anfechtbaren Verfü gungen dar, da sie grundsätzlich nur die (Begründungs-)Elemente sind, die zur Gesamtbeurteilung führen, und daher regelmässig – anders als Prüfungsentscheide als solche – keinen Einfluss auf die Rechtsstellung der Betroffenen haben (zur bernischen Praxis ERZ 15.12.1998, in BVR 1999 S. 349 E. 1a; ebenso VGE 2010/74 vom 7.4.2010, E. 2.4.2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 42; vgl. auch die Übersicht und differenzierte Betrachtungsweise der bernischen Praxis bei Martin Aubert, Bildungsrechtliche Leistungsbeurteilungen im Verwaltungsprozess, Diss. Bern 1996, S. 37 ff. und 73; VGer ZH 1.3.2006, in RB 2006 Nr. 4 E. 3.1; BVGE 2009/10 S. 144 E. 6.2.1; gleich auch die bundesgerichtliche Praxis, z.B. BGE 136 I 229 E. 2.2 und 2.6, zur staatsrechtlichen Beschwerde bzw. subsidiären Verfassungsbeschwerde; BGer 2P.177/2002 vom 7.11.2002, E. 5.2.2; aus der Literatur statt vieler Stephan Hördegen, Aktuelle Aspekte des gerichtlichen Rechtsschutzes im Volksschulrecht, in Gächter/aaG [Hrsg.], Das neue Zürcher Volksschulrecht, 2007, S. 65 ff., 74; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, N. 862; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 133). Ausnahmsweise können jedoch einzelne, auch genügende (Fach-)Noten ein selbständiges Aufhebungsobjekt bilden, wenn an deren Höhe bestimmte *Rechtsfolgen* geknüpft sind: So hat das Bundesgericht für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde präzisiert, dass es «ein Rechtsschutzinteresse an der Überprüfung des Gesamtergebnisses und damit auch an einer diesem zugrundeliegenden Einzelnote» gibt, wenn das Nichtbestehen, eine andere Folge – wie der Ausschluss von der Weiterbildung – oder ein Prädikat in Frage steht (BGE 136 I 229 E. 2.6; jüngst auch BGer 2D_65/2011 vom 2.4.2012, E. 2.2, 2D_9/2010 vom 13.4.2011, E. 2.2, 2D_2/2010 vom 25.2.2011, E. 2.2; vgl. hierzu Patricia Egli, Gerichtlicher Rechtsschutz bei Prüfungsfällen: Aktuelle Entwicklungen, in ZBl 2011 S. 538 ff., 547 f.; Daniel Widrig, a.a.O., Rz. 28 ff.). Ferner billigt die Praxis einzelnen Noten in folgenden Konstellationen Rechtsfolgen zu: Wenn von der Notenhöhe die Möglichkeit abhängt, bestimmte zusätzliche Kurse oder Weiterbildungen zu absolvieren oder besondere Qualifikationen zu erwerben, oder wenn sich die Noten später als Erfahrungsnoten in weiteren Prüfungen auswirken (BVR 2013 S. 311 E. 4.1 f. mit Hinweis auf BGer 2P.177/2002 vom 7.11.2002, E. 5.2.2, 2P.210/2001 vom 19.11.2001, E. 1b/aa; RR 10.5.1995, in BVR 1996 S. 28 E. 3); wenn aufgrund

der Höhe der Einzelnote das betreffende Fach bei einer Wiederholung der Prüfung nicht mehr abgelegt werden muss und sich die Note insoweit auf den Umfang der zu wiederholenden Prüfung auswirkt (vgl. BVGE 2009/10 E. 6.2.5 und 6.2.7; BVGer B-2214/2006 vom 16.8.2007, in ZBl 2008 S. 56 E. 4.3); wenn an die Höhe der erzielten Note die Vergabe von für den Studienabschluss erforderlichen Kreditpunkten geknüpft ist (vgl. BVGer A-100/2011 vom 24.5.2011, E. 3.4). Auf eine Verfügung kann aber nicht schon im Hinblick darauf geschlossen werden, dass eine Anstellung arbeitgeberseitig gegebenenfalls von der Notenhöhe abhängig gemacht werden könnte. Denn darin liegt eine lediglich faktische Auswirkung der Note auf die Berufschancen der Betroffenen (vgl. Heselhaus/Seiberth, Darf «Dummheit» bestraft werden? Zur juristischen Kontrolle von Bewertungen, in: Ackermann/Bommer [Hrsg.], Liber Amicorum für Dr. Martin Voplon, 2009, S. 173 ff., 180 f.).

2.2 Der Beschwerdeführer belegt den Studiengang «Sekundarstufe I», in welchem ein Bachelorstudium und ein anschliessendes Masterstudium absolviert werden können. Voraussetzung für den Eintritt in das Masterstudium ist der erfolgreiche Abschluss des Bachelorstudiums (Art. 4 Abs. 2 SPR Sek I). Das Studium ist in *Module* gegliedert (Art. 15 Abs. 1 SPR Sek I), welche im Studienplan beschrieben sind. Diese Beschreibung enthält Angaben über die dem Modul zugeordneten ECTS-Punkte, die Formen der Leistungsnachweise (vgl. auch Art. 24 SPR Sek I) sowie über den Studienbereich und das Studienfach, welchem das Modul zugeordnet ist (Art. 17 Bst. a, b, i und k SPR Sek I). ECTS-Punkte werden nur für Leistungen vergeben, die mindestens mit der Note 4 oder mit dem Prädikat «erfüllt» bewertet werden (Art. 20 SPR Sek I). Über die bisher erbrachten Studienleistungen – u.a. in den einzelnen Modulen – wird im sog. *Leistungsüberblick* informiert, welcher Auskunft über die erbrachten Leistungsnachweise und deren Bewertungen sowie über die erlangten ECTS-Punkte Auskunft gibt (vgl. Art. 23 SPR Sek I). Für den Bachelorabschluss müssen insgesamt 180 ECTS-Punkte erworben werden, für den Masterabschluss zusätzliche 90 ECTS-Punkte (Art. 19 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 21 und 22 SPR Sek I). Nach erfolgreichem Bachelorabschluss verleiht die PH Bern den «Bachelor of Arts PHBern in Secondary Education» und stellt ein Zeugnis und einen Zusatz aus (vgl. Art. 70 Abs. 1 SPR Sek I). Das Zeugnis gibt Auskunft u.a. über die Bewertungen und ECTS-Punkte der einzelnen Fächer im Studienbereich Fachwissenschaftliche Studien sowie im Studienbereich Fachdidaktische Studien (Art. 70 Abs. 3 Bst. a SPR Sek I);

überdies enthält es für die einzelnen Studienbereiche je eine Gesamtnote, welche dem gerundeten Durchschnitt sämtlicher dem Studienbereich zugeordneter Modulnoten entspricht (Art. 70 Abs. 4 und 5 SPR Sek I). Für den Master bzw. das Diplomzeugnis gilt eine entsprechende Regelung (Art. 71 SPR Sek I). – Gemäss dem «Regelstudienplan für die fachwissenschaftliche Ausbildung in Bildnerischem Gestalten im Rahmen des Studiengangs Sekundarstufe I» (nachfolgend: *Regelstudienplan*) ist das vorliegend interessierende Modul «Komposition, Kommunikation» Teil des Fachs «Bildnerisches Gestalten», welches zum Studienbereich «Fachwissenschaftliche Studien» gehört. Das Modul «Komposition, Kommunikation» wird im 2. Semester in einem Seminar vermittelt und ist mit zwei ECTS-Punkten bewertet. Der Leistungsnachweis in diesem Modul ist im Rahmen einer mündlichen Prüfung zu erbringen und die Prüfungsleistung wird benotet. Dabei gilt eine Notenskala von 1 bis 6; genügende Prüfungsleistungen werden mit Noten von 4 bis 6 bewertet (6 = ausgezeichnet; 5,5 = sehr gut; 5 = gut; 4,5 = befriedigend; 4 = ausreichend), ungenügende Leistungen (ohne Abstufung nach halben Noten) mit Noten zwischen 1 und 3 (vgl. Art. 26 Abs. 1 SPR Sek I). Die Note im Modul «Komposition, Kommunikation» bildet dabei zusammen mit sämtlichen weiteren Modul-Noten, insbesondere jenen in den Modulen «Objektstudium», «Bildreflexion» und «Bildprojekt» (vgl. *Regelstudienplan*), die Grundlage für die Berechnung der Fachnote «Bildnerisches Gestalten» sowie der Gesamtnote im Studienbereich «Fachwissenschaftliche Studien».

2.3 Der Beschwerdeführer hat in der Prüfung des Moduls «Komposition, Kommunikation» eine Leistung erbracht, die mit der Note 4 bewertet worden ist. Seinen Befürchtungen zufolge bringt diese Note zum Ausdruck, dass er den geforderten Leistungsnachweis lediglich am «untersten Limit» erbracht habe. Künftige Arbeitgeber würden sich fragen, «unter welchen Voraussetzungen und welchem Interesse [seiner] Leistung geliefert [worden sei]»; das stelle für ihn einen gewichtigen Nachteil dar. – Darin ist eine rein faktische Auswirkung der Benotung zu erblicken (vgl. E. 2.1). Dass der Beschwerdeführer durch die Benotung in seiner Rechtsstellung betroffen wäre, ist nicht erkennbar: Die für das Modul vorgesehenen zwei ECTS-Punkte sind ihm aufgrund der erbrachten genügenden Prüfungsleistung vollumfänglich gutgeschrieben worden. Damit hat er in diesem Modul das für den Bachelorabschluss erforderliche Zwischenergebnis ohne Einschränkungen erzielt. Mit welcher (genügenden) Note seine Leistung bewertet wurde, ist aufgrund der

hier massgeblichen reglementarischen Bestimmungen für die Fortsetzung und den erfolgreichen Abschluss des Studiengangs uneinheitlich, weshalb der Beschwerdeführer in seiner Rechtsstellung nicht betroffen ist. Insbesondere wirkt sich die Modulnote – anders als eine Erfahrungsnote im gymnasialen Bildungsgang (vgl. E. 2.1) – nicht in weiteren Prüfungen aus, indem durch sie ungenügende Ergebnisse anderer Leistungsnachweise oder ungenügende Leistungen in einer Abschlussprüfung kompensiert werden könnten. Der erfolgreiche Studienabschluss basiert vorliegend ausschliesslich auf dem Erreichen der erforderlichen Anzahl ECTS-Punkte. Dass *nach* erfolgreichem Bachelor- bzw. Masterabschluss jeweils gleichwohl ein (Diplom-)Zeugnis ausgestellt wird, welches Auskunft gibt über die Bewertungen und ECTS-Punkte der einzelnen Fächer und Studienbereiche (vgl. E. 2.2 hiervor), ändert daran nichts: Im Unterschied zu anderen Bildungsgängen wird das Zeugnis nach Art. 70 SPR Sek I nur dann ausgestellt, wenn die Voraussetzungen der Diplomierung erfüllt sind. Dass die Zeugnisnoten je nach ihrer Höhe die Chancen der Absolventinnen und Absolventen auf dem Arbeitsmarkt verbessern (oder verschlechtern) können, ist wie gesagt eine rein faktische Auswirkung. Andere Konsequenzen, welche geeignet wären, ihm in seiner Rechtsstellung zu beeinträchtigen, nennt der Beschwerdeführer nicht. Ohne rechtliche Relevanz sind die Bachelorzeugnisnoten insbesondere auch für den anschliessenden Masterstudiengang, zu welchem unabhängig vom Notenschnitt zugelassen ist, wer das Bachelorstudium erfolgreich abgeschlossen hat (vgl. E. 2.1). Der Umstand, dass die einzelnen Modulnoten im Rahmen der Fach- und Gesamtnoten Eingang in ein Zeugnis finden, verleiht ihnen somit keine Rechtswirkungen. Sie zeitigen demnach keine Rechtsfolgen, die ihre Anfechtbarkeit rechtfertigen würden. Vielmehr erschöpft sich ihre Funktion darin, bei erfolgreich abgeschlossenem Studiengang die Zeugnisnote im Fach «Bildnerisches Gestalten» sowie die Gesamtnote im Studienbereich «Fachwissenschaftliche Studien» mitzubestimmen und im Sinn einer rein faktischen Wirkung das konkrete Leistungsniveau zu veranschaulichen.

2.4 Nach dem Ausgeführten kann im Schreiben der Institutsleiterin vom 15. August 2011 mangels Regelung eines Rechtsverhältnisses kein taugliches Anfechtungsobjekt erblickt werden. Der Beschwerdeführer kann somit gegen die Note 4 in der Modulprüfung «Komposition, Kommunikation» nicht Beschwerde führen.

Urteil des Verwaltungsgerichts (Verwaltungsrechtliche Abteilung) vom 20. Februar 2013 i.S. X. gegen ERZ (VGE 100.2012.35)

Nichtbestehen Maturitätsprüfung; Anfechtbarkeit von Erfahrungsnoten

1. Eine Semesterzeugnisnote, welche sich als Erfahrungsnote auf das Bestehen der gymnasialen Maturität auswirkt, hat Verfügungsqualität (Art. 49 VRRG; E. 4.1-4.3). Betroffene sind befugt, sie im Zeitpunkt der Zeugnisöffnung anzufechten (Art. 65 Abs. 1 Bst. c, Art. 79 Abs. 1 Bst. c VRRG; E. 4.4).
2. Eine solche Note hat nicht den Charakter einer Zwischenverfügung und kann daher nicht wahlweise erst im Rahmen der Anfechtung des Nichtbestehens der Maturität zur Überprüfung gebracht werden (Art. 61 Abs. 3 und 4 VRRG). Bestätigung der bisherigen Praxis des Regierungsrats. (E. 5)

Echec aux examens de maturité; recours contre des notes d'expérience

1. Une note inscrite dans le bulletin semestriel, prise en compte en tant que note d'expérience lors de l'évaluation de la réussite de la maturité gymnasiale, présente un caractère de décision (art. 49 LPJA; c. 4.1-4.3). Les personnes concernées sont légitimées à recourir contre cette note au moment de la communication du bulletin (art. 65 al. 1 let. c et art. 79 al. 1 let. c LPJA; c. 4.4).
2. Une telle note ne représente pas une décision incidente et il n'est dès lors pas loisible de la faire examiner seulement dans le cadre de la contestation de l'échec aux examens finaux de maturité (art. 61 al. 3 et 4 LPJA). Confirmation de la pratique antérieure du Conseil-exécutif. (c. 5)

Sachverhalt (gekürzt):

A.-X. legte im Frühling 2011 am Gymnasium Interlaken im zweiten Versuch die kantonale Maturitätsprüfung ab. Mit Verfügung vom 30. Juni 2011 eröffnete ihm die Schule namens der Kantonalen Maturitätskommission (KMK), er habe die Prüfung nicht bestanden.

B.-Hiegegen erhob X. am 2. August 2011 Beschwerde bei der Erziehungsdirektion des Kantons Bern (ERZ), welche das Rechtsmittel mit Entscheid vom 9. Januar 2012 abwies.

C.-Gegen diesen Entscheid hat X. am 27. Januar 2012 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Er beantragt die Aufhebung des Entscheids und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur materiellen Prüfung im Sinn seiner Ausführungen in der Beschwerde. Die ERZ beantragt mit Vernehmlassung die Abweisung der Beschwerde. Im Rahmen des zweiten Schriftwechselns halten die Parteien an ihren Anträgen fest.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Die gymnasialen Bildungsgänge dauern vier Jahre bis zur Maturität (Art. 9 Abs. 1 des Mittelschulgesetzes vom 27. März 2007 [MiSG; BSG 433.12]). Am Ende des letzten Schuljahrs des gymnasialen Bildungsgangs finden die Maturitätsprüfungen statt (Art. 19 MiSG i. Vm. Art. 17 Abs. 2 der Mittelschulverordnung vom 7. November 2007 [MiSV; BSG 433.121]). Der Bildungsgang wird mit einem schweizerisch anerkannten gymnasialen Maturitätsausweis abgeschlossen (Art. 7 Abs. 4 MiSG; Art. 68 der Mittelschulordnungsverordnung vom 27. Mai 2008 [MiSDV; BSG 433.121.1]) mit Verweis auf das Reglement der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren [EDK] vom 15. Februar 1995 über die Anerkennung von gymnasialen Maturitätsausweisen [MAR; Rechtssammlung EDK Ziff. 4.2.1.1]). Die KMK ist verantwortlich für die gymnasialen Maturitätsprüfungen (Art. 20 Abs. 1 MiSG); sie entscheidet über das Bestehen oder Nichtbestehen der Prüfungen und stellt die Maturitätsausweise aus (Art. 20 Abs. 4 MiSG i. Vm. Art. 14 Abs. 6 MiSV).

2.2 Die Maturität ist bestanden, wenn in den Maturitätsfächern in einer Notenskala von 1 bis 6 (wobei 1 die tiefste und 6 die höchste Note ist) die doppelte Summe aller Notenabweichungen von 4 nach unten nicht grösser ist als die Summe aller Notenabweichungen von 4 nach oben und nicht mehr als vier Noten unter 4 erteilt werden (Art. 17 Abs. 3 MiSV i. Vm. Art. 16 MAR; vgl. auch Art. 66 MiSDV). *Maturitätsfächer* sind die zehn Grundlagenfächer, ein Schwerpunktfach, ein Ergänzungsfach und die Maturaarbeit (Art. 58 Abs. 1 MiSDV i. Vm. Art. 9 MAR). Fünf Maturitätsfächer werden an den Maturitätsprüfungen schriftlich und mündlich geprüft (sog. *Prüfungsfächer*; vgl. Art. 17 Abs. 1 MiSV i. Vm. Art. 14 MAR sowie Art. 59 MiSDV i. Vm.

Anhang 8 der MiSDV). Die *Maturitätsnoten* werden in den Prüfungsfächern aus dem arithmetischen Mittel der schriftlichen und mündlichen Prüfungsnote (Art. 64 Abs. 3 MiSDV) und der Erfahrungsnote gebildet (Art. 65 Abs. 1 MiSDV); in den übrigen Fächern erfolgt die Festsetzung der Maturitätsnote ausschliesslich anhand von Erfahrungsnoten (Art. 65 Abs. 3 MiSDV; eine besondere Regelung gilt hinsichtlich der Maturitätsnote für die Maturaarbeit, Art. 65 Abs. 2 MiSDV). *Erfahrungsnoten* werden aus dem arithmetischen Mittel der Zeugnisnoten des letzten Schuljahrs, in dem das Fach unterrichtet worden ist, gebildet. Wird das Fach im ganzen letzten Ausbildungsjahr unterrichtet, so entspricht die Erfahrungsnote der Note im letzten Zeugnis des gymnasialen Bildungsgangs (Art. 64 Abs. 1 MiSDV). Mit der Zeugnisnote wird die Gesamtleistung während der Zeugnisperiode bewertet (Art. 42 Abs. 1 MiSDV). Die Zeugnisnoten errechnen sich aufgrund erteilter *Einzelnoten* in schriftlichen, mündlichen oder praktischen Arbeiten sowie der Beiträge im Unterricht (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 MiSDV) und bilden die Grundlage für den Promotionsentscheid (vgl. Art. 11 Abs. 2 i. Vm. Art. 40 f. MiSDV), welcher in die Kompetenz der Schulleitung fällt (Art. 38 Abs. 2 Bst. b MiSV, Art. 11 Abs. 3 MiSDV). Der Promotionsentscheid ist in dem am Ende jedes Semesters ausgestellten Semesterzeugnis enthalten; dieses wird mit Rechtsmittelbelehrung eröffnet (vgl. Art. 14 MiSDV). Am Ende des letzten Ausbildungsjahrs erfolgt keine Promotion mehr (Art. 11 Abs. 1 Satz 2 MiSDV).

3.

3.1 In der Sache beanstandet der Beschwerdeführer die Maturitätsnote im Fach «Bildnerisches Gestalten». Es handelt sich dabei um ein Grundlagenfach (vgl. Art. 9 Abs. 2 Bst. k MAR), welches nicht Prüfungsfach ist (Art. 14 Abs. 2 MAR i. Vm. Art. 59 Abs. 1 und Anhang 8 MiSDV im Umkehrschluss). Da das Fach im ganzen letzten Ausbildungsjahr unterrichtet wurde, entspricht die Maturitätsnote der als Erfahrungsnote ins Maturitätszeugnis übertragenen Zeugnisnote des zweiten Semesterzeugnisses 2010/11 vom 31. Mai 2011, welches dem Beschwerdeführer am 1. Juni 2011 eröffnet wurde. Dieses Zeugnis bzw. seine Eintragungen blieben unangefochten, weshalb die Benennung im Fach «Bildnerisches Gestalten» nach Auffassung der Vorinstanz nicht mehr Gegenstand einer materiellen Überprüfung sein kann. Sie folgt dabei einer ständigen kantonalen Praxis, welche nach der bis Ende 2008 gültigen Zuständigkeitsauscheidung zwischen Verwaltungsgericht und Regierungsrat innerkantonal letztinstanzlich durch den Regierungsrat gebildet

worden ist (BVR 1996 S. 28 E. 3; vgl. auch Martin Aubert, Bildungsrechtliche Leistungsbeurteilungen im Verwaltungsprozess, Diss. Bern 1996, S. 39 f.).

3.2 Nach dieser Praxis ist bei der Festlegung der Maturitätsnoten zwischen Erfahrungs- und Prüfungsnoten zu unterscheiden: Erfahrungsnoten sind Zeugnisnoten, und diese bilden Grundlage des von der Schulkommission (heute Schulleitung) zu treffenden Promotionsentscheids. Der Promotionsentscheid der Schulkommission (bzw. Schulleitung) und die Verfüzung der Maturitätskommission über das Bestehen der Maturitätsprüfung sind zwei verschiedene Aufzuchtungsobjekte. Die Maturitätskommission stellt anlässlich ihrer Schluss-sitzung einzig fest, dass die Prüfungsergebnisse korrekt zustandegekommen sind. Bei Fächern, die an der Matur nicht geprüft werden, beschränkt sich ihre Prüfkompetenz auf die Frage, ob die Erfahrungsnote aus den Zeugnisnoten korrekt berechnet worden ist; die Leistungsbeurteilung in Form der einzelnen Zeugnisnoten kann sie dagegen nicht überprüfen. Auf diese Weise wird nach Auffassung des Regierungsrats und der ERZ der gesetzlich geregelten Aufgabenteilung zwischen Maturitätskommission und Schulkommission (bzw. Schulleitung) Rechnung getragen und verhindert, dass im Rahmen einer Beschwerde gegen die Verfüzung der Maturitätskommission über das Bestehen der Maturitätsprüfung Zeugnisnoten angefochten werden, die für sich allein genommen akzeptiert worden sind mit der weiteren problematischen Folge, dass unter Umständen längere Zeit zurückliegende Zeugnisnoten überprüft werden müssten. Den Schülerinnen und Schülern sei zumutbar, eine Zeugnisnote, mit welcher sie nicht einverstanden sind, sofort anzufechten. Dazu sind sie nach dieser Praxis auch bei genügenden Zeugnisnoten legitimiert (vgl. RR 10.5.1995, in BVR 1996 S. 28 E. 3 S. 31 [die Einwände des Schülers richteten sich gegen die genügende Benotung 5 im Fach Biologie]).

3.3 Der Beschwerdeführer hält die angeführte Praxis für rechtsfehlerhaft. Ob an ihr festgehalten werden kann, setzt zunächst voraus, dass eine (genügende) Semesterzeugnisnote tatsächlich angefochten bzw. überprüft werden kann (nachfolgend E. 4). Ist dies der Fall, stellt sich die weitere Frage, ob die betreffende Note bei Nichtanfechtung insoweit rechtsbeständig wird, als sie im Zeitpunkt, in welchem sie als Erfahrungsnote – und hier zugleich Maturitätsnote (vgl. E. 2.2) – Eingang ins Maturitätszeugnis findet, keiner inhaltlichen Überprüfung mehr zugänglich ist (hinter E. 5).

4.

4.1 Einzelne Fachnoten stellen nach der Literatur und Rechtsprechung im Allgemeinen keine selbständig anfechtbaren Verfüzungen dar, da sie grundsätzlich nur die (Begründungs-)Elemente sind, die zur Gesamtbeurteilung führen, und daher regelmässig – anders als Prüfungsentscheide als solche – keinen Einfluss auf die Rechtsstellung der Betroffenen haben (zur bernischen Praxis ERZ 15.12.1998, in BVR 1999 S. 349 E. 1a; ebenso VGE 2010/74 vom 7.4.2010, E. 2.4.2; Merktli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 42; vgl. auch die Übersicht und differenzierte Betrachtungsweise der bernischen Praxis bei Martin Aubert, a.a.O., S. 37 ff. und 73; VGer ZH 1.3.2006, in RB 2006 Nr. 4 E. 3.1; BVGE 2009/10 S. 144 E. 6.2.1; gleich auch die bundesgerichtliche Praxis, z.B. BGE 136 I 229 E. 2.2 und 2.6, zur staatsrechtlichen Beschwerde bzw. subsidiären Verfassungsbeschwerde; BGer 2P177/2002 vom 7.11.2002, E. 5.2.2; aus der Literatur statt vieler Stephan Hördegen, Aktuelle Aspekte des gerichtlichen Rechtsschutzes im Volksschulrecht, in Gächter/Jaag [Hrsg.], Das neue Zürcher Volksschulrecht, 2007, S. 65 ff., 74; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, N. 862; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 133). Ausnahmsweise können jedoch einzelne, auch genügende (Fach-)Noten ein selbständiges Anfechtungsobjekt bilden, wenn an deren Höhe bestimmte Rechtsfolgen geknüpft sind, was namentlich der Fall ist, wenn sich die Noten später als Erfahrungsnoten in weiteren Prüfungen auswirken (BGer 2P177/2002 vom 7.11.2002, E. 5.2.2; Herbert Plöke, Schweizerisches Schulrecht, 2. Aufl. 2003, S. 713 f.; Martin Aubert, a.a.O., S. 75; Stephan Hördegen, a.a.O., S. 75; Patricia Egli, Gerichtlicher Rechtsschutz bei Prüfungsfällen: Aktuelle Entwicklungen, in ZBl 2011 S. 538 ff., 547).

4.2 Dies trifft vorliegend zu: Die letzte Zeugnisnote «Bilderisches Gestalten» definiert zugleich die Maturitätsnote in diesem Fach (vgl. E. 2.2 und 3). Wenn eine Zeugnisnote nach ständiger Praxis ein taugliches Anfechtungsobjekt darstellt, falls sich diese Note als Erfahrungsnote später zusammen mit einer Prüfungsnote oder einer weiteren Erfahrungsnote auf das Prüfungsergebnis «auswirkt», muss dies umso mehr gelten, wenn die fragliche Note – wie vorliegend – direkt ins Abschlusszeugnis übertragen wird und dort unmittelbare Grundlage für die Erteilung oder Nichterteilung des Maturitätsausweises bildet. An die dem Beschwerdeführer mit Semesterzeugnis vom 31. Mai 2011 eröffnete Note 4,5 im Fach «Bilderisches Gestalten»

sind somit durchaus Rechtsfolgen geknüpft, die nach ständiger Praxis deren Verfügungsqualität begründen. Dies war für den Beschwerdeführer im Übrigen ohne weiteres erkennbar, wurden ihm doch das Semesterzeugnis vom 31. Mai 2011 bzw. die einzelnen Eintragungen, welche sich in diesem Stadium des Bildungsgangs alle als Erfahrungsnoten auf den Gesamtabschluss auswirken (vgl. E. 2.2), rechtsgültig und insbesondere mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen eröffnet. Letztere enthält den ausdrücklichen Hinweis, dass Beschwerde «gegen Zeugniseintragungen» erhoben werden kann. Der Einwand des Beschwerdeführers, es sei mit Blick auf die «undurchsichtige Organisation der Maturitätsprüfungen» «in hohem Masse unbillig», von den Schülerinnen und Schülern zu erwarten, dass sie Zeugnis- bzw. Erfahrungsnoten gegebenenfalls anfechten, ist damit unbegründet.

4.3 Unbehelflich ist auch der Einwand, eine verbindliche Festlegung der für die Maturitätsprüfungen massgeblichen Erfahrungsnoten sei jedenfalls für den hier interessierenden kantonalen gymnasialen Bildungsgang gesetzlich nicht vorgesehen (Art. 64 Abs. 2 MISDV im Umkehrschluss). Wie die ERZ darlegt, bezweckt Art. 64 Abs. 2 MISDV, die Schülerinnen und Schüler an Mittelschulen privater Anbieter, deren Schulleitungen grundsätzlich keine hohheitlichen Befugnisse zukommen, mit Blick auf die Anfechtbarkeit von Erfahrungsnoten mit den Schülerinnen und Schülern an kantonalen Mittelschulen gleichzustellen. Es kann dahingestellt bleiben, ob Privaten durch Regelung auf Stufe Direktionsverordnung überhaupt rechtsgültig Verfügungsbeurteilungen übertragen werden (vgl. zu dieser Problematik BVR 2013 S. 365 E. 4.2, 2005 S. 372 E. 2.1; ferner BVR 2013 S. 301 E. 1.6). Allenal verdeutlicht Art. 64 Abs. 2 MISDV höchstens, dass in allen Bildungsgängen, die zu einem anerkannten gymnasialen Maturitätsabschluss führen, die Erfahrungsnoten nicht erst im Rahmen des Maturitätszeugnisses Verbindlichkeit erlangen, sondern vorgängig festzulegen und gegebenenfalls in einem Beschwerdeverfahren auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen sind. Im Übrigen bestimmt sich die Verfügungsqualität nach den materiellen Strukturmerkmalen der Verfügung; dass ein Verwaltungsakt gesetzlich nicht ausdrücklich als Verfügung bezeichnet ist, ist ohne Belang (vgl. BVR 2011 S. 564 E. 2.3.1 mit Hinweisen; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 8 f.). Wie dargelegt sind diese Merkmale für die streitbetreffende Erfahrungsnote erfüllt (vgl. E. 4.1 f.). Sie stellt sich als behördliche Einzelfallanordnung dar, die sich auf öffentliches Recht stützt und Rechtswirkungen erzeugt.

4.4 Die Anfechtung einer Verfügung bzw. eines Entscheids setzt weiter voraus, dass die betroffene Person zur Beschwerdeführung befugt ist, sie mithin ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung bzw. des Entscheids hat (Art. 65 Abs. 1 Bst. c bzw. Art. 79 Abs. 1 Bst. c des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]). Die beschwerdeführende Person muss aus der erfolgreichen Beschwerdeführung einen praktischen Nutzen ziehen können, welcher rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein kann (vgl. VGE 2009/111 vom 30.10.2009, E. 1.2.3 mit weiteren Hinweisen [bestätigt durch BGE 136 I 229]; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 65 N. 9). Das Rechtsschutzinteresse muss ferner grundsätzlich aktuell sein, was indes nicht ausschliesst, dass die Wirkungen möglicherweise erst in Zukunft eintreten, sofern die Begehren nicht darauf abzielen, gleichsam «auf Vorrat» Rechtsfragen klären zu lassen (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 65 N. 25). – Die Anfechtung einer Erfahrungsnote ist für Schülerinnen und Schüler von praktischem, tatsächlichem und aktuellem Nutzen. So begründet namentlich die Möglichkeit, durch die Verbesserung von Erfahrungsnoten gegebenenfalls andere (schlechtere) (Erfahrungs- oder Prüfungs-)Noten kompensieren zu können, ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse. Im Übrigen wäre es nicht nachvollziehbar, Erfahrungsnoten im Sinn der angeführten Literatur und ständigen Praxis zwar Verfügungsqualität zuzusprechen (E. 4.1), ihre Anfechtung aber regelmässig an der Beschwerdelegitimation scheitern zu lassen. Vielmehr ist entsprechend der bisherigen bernischen Praxis davon auszugehen, dass Erfahrungsnoten auch tatsächlich angefochten werden können.

4.5 Als Zwischenergebnis lässt sich demnach festhalten, dass der Beschwerdeführer die Möglichkeit gehabt hätte, die Zeugnisnote im Fach «Bildnerisches Gestalten» nach Eröffnung des Semesterzeugnisses vom 31. Mai 2011 im Rahmen einer Beschwerde an die ERZ überprüfen zu lassen. Dies scheint er letztlich auch nicht in Abrede zu stellen.

5.

5.1 Strittig ist, ob trotz der Anfechtbarkeit dieser Zeugnisnote die Maturitätsnote im Fach «Bildnerisches Gestalten» auch im Rahmen einer gegen das Nichtbestehen der Maturitätsprüfung geführten Beschwerde noch inhaltlich überprüft werden kann. Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, es sei verfehlt, aus der Möglichkeit zur Anfechtung der Semesterzeugnisnote auf eine

entsprechende Pflicht zu schliessen. Vielmehr müsse es insbesondere bei einer genügenden Semesterzeugnisnote bzw. Erfahrungsnote möglich sein, eine solche erst dann anzufechten, wenn sie sich als Maturitätsnote unmittelbar kausal auf das Nichtbestehen der Maturitätsprüfung auswirke. Was als Erleichterung für die Betroffenen gedacht sei, würde andernfalls zur unzumutbaren Einschränkung bei der Ausübung der Rechtsmittelmöglichkeiten. Auch allfällige Beweisschwierigkeiten bei der Anfechtung länger zurückliegender Zeugnisnoten würden keine sofortige Anfechtungspflicht gebieten, da der Schüler bzw. die Schülerin die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit trage. Problematisch sei die bisherige Praxis schliesslich mit Blick auf das Rechtsschutzinteresse. Sie führe zur paradoxen Konstellation, dass bei sofortiger Anfechtung der Zeugnisnote ein Rechtsschutzinteresse wegen der «theoretischen Möglichkeit einer Auswirkung auf den Gesamtabschluss bejaht werden müsste, obschon die Maturitätsprüfungen unter Umständen trotz der ursprünglichen Note als Ganzes bestanden worden wären und zu diesem Zeitpunkt entsprechend keine Beschwerdelegitimation vorläge». Insofern würden Erfahrungsnoten auch ungerechtfertigterweise anders behandelt als Prüfungsnoten.

5.2 Eine Verfügung, die nicht angefochten wird, erwächst grundsätzlich in Rechtskraft und wird für die Beteiligten inhaltlich verbindlich (sog. «res iudicata»; vgl. statt vieler Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 56 N. 1; Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 2011, S. 123). Dies gilt jedenfalls für Endverfügungen und Teilverfügungen (zur Terminologie vgl. z.B. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 13; Markus Müller, a.a.O., S. 139 ff.). Folgte man der Argumentation des Beschwerdeführers, würden Erfahrungsnoten nach bernischem Verfahrensrecht keine End- oder Teilverfügungen darstellen, sondern (selbständig anfechtbare) Zwischenverfügungen im Sinn von Art. 61 Abs. 3 VRRPG. Nur solche müssen nicht sofort, sondern können *wahlweise* auch erst zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden, sofern sie sich auf dessen Inhalt auswirken (Art. 61 Abs. 4 VRRPG; Markus Müller, a.a.O., S. 141). Diese Betrachtungsweise liegt der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich zugrunde, wonach eine Erfahrungsnote, die für die Gesamtnote der schulischen Abschlussprüfung mitzählt, eine Zwischenverfügung darstellt, die grundsätzlich auch noch zusammen mit der Endverfügung angefochten werden kann. Die sofortige, d.h. selbständige Anfechtbarkeit der Erfahrungsnote im Zeitpunkt der

Zeugnisöffnung bejaht das Zürcher Verwaltungsgericht, sofern die Gesamtnote erst viel später bekannt wird und deshalb «die Rechtssicherheit im Allgemeinen und besonders die genügende Ermittlung des Sachverhalts gefährdet» wären, was einen Nachteil zur Folge habe, der sich später voraussichtlich nicht mehr beheben lasse (RB 2006 Nr. 4 E. 3.3; VB 2006.208 vom 8.11.2006, E. 3.1 [betreffend Maturitätsprüfung]; Stephan Hördegen, a.a.O., S. 75). – Triftige Gründe sprechen indessen gegen ein solches Verständnis: Die selbständige Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen ist auch gemäss Art. 61 Abs. 3 Bst. a VRRPG an die (zusätzliche) Voraussetzung gebunden, dass sie einen «nicht wieder gutzumachenden Nachteil» bewirken können. Dass ein solcher bei der (sofortigen) Anfechtung von Erfahrungsnoten jeweils geprüft werden müsste oder generell mit Erfahrungsnoten verbunden wäre, lässt sich (mit Ausnahme der Rechtsprechung des Zürcher Verwaltungsgerichts und deren Kommentierung durch Stephan Hördegen) auch nicht der einschlägigen Zürcher Verwaltungsgericht zitierte Herbert Plotke (a.a.O., S. 715) ausdrücklich fest, dass «Erfahrungsnoten und Noten vorzeitig abschliessender Fächer, die für das Schlussergebnis (Maturitätszeugnis, Lehrepapent) mitzählen, [...] sofort nach Bekanntgabe anzufechten [sind] und nicht erst mit dem Endresultat» (gl.M. der vom Zürcher Verwaltungsgericht ebenfalls zitierte Martin Aubert, a.a.O., S. 39 f.). Zudem wirft die Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts schwierige Abgrenzungsfragen auf: So erscheint es beispielsweise unklar, wann genau ein nicht wieder gutzumachender Nachteil wegen Gefährdung der Sachverhaltsfeststellung vorliegt. In der hier zu beurteilenden Konstellation wäre ein solcher, da die Erfahrungsnote im Fach «Bildnerisches Gestalten» nur einen Monat vor dem Maturitätszeugnis eröffnet wird, wohl kaum zu bejahen, die selbständige Anfechtbarkeit derselben mithin zu verneinen. Dies stünde jedoch in klarem Widerspruch zu den in E. 4 dargestellten Grundsätzen und wäre im Übrigen auch mit Blick auf die vom Beschwerdeführer selbst nachdrücklich geforderte Klarheit der Rechtsmittelmöglichkeiten unerwünscht. Kommt dazu, dass der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der Anfechtung von Erfahrungsnoten einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil generell in Abrede zu stellen scheint, geht er doch davon aus, dem Rechtsschutzbedürfnis könne ohne weiteres oder noch besser im Rahmen einer Beschwerde gegen das Maturitätszeugnis (bzw. gegen den «Endentscheid») Rechnung getragen werden. Die streitbetreffende Erfahrungsnote als blossen verfahrensrechtlichen Zwischenschritt (Zwischenver-

fügung) im «Verfahren auf Erlangung der Matur» zu qualifizieren, ist daher im Einklang mit der bisherigen bernischen Praxis abzulehnen. Eine «wahlweise» Anfechtung im Zeitpunkt der Semesterzeugnisseröffnung oder der Eröffnung des Maturitätszeugnisses ist demnach ausgeschlossen. Die Zeugnis- bzw. Erfahrungsnote wird somit – und zwar sowohl für die Schule bzw. die Maturitätskommission als auch für die Schülerinnen und Schüler – inhaltlich verbindlich, wenn sie nach der Eröffnung des Semesterzeugnisses nicht in-ner Beschwerdefrist angefochten wird. Dies erscheint im Übrigen auch mit Blick auf jene Fälle als sachgerecht, in denen die Zeugnisnoten Grundlage eines Promotionsentscheids sind (vgl. E. 2.2). Könnte eine solche Zeugnisnote später als Erfahrungsnote noch in Frage gestellt werden, stünde letztlich auch der Promotionsentscheid bis dahin «in der Schwebe».

5.3 Anders als der Beschwerdeführer meint, führt dieses Ergebnis auch nicht zu einer stossenden Ungleichbehandlung bei der Anfechtung von Erfahrungs- und Prüfungsnoten. Es handelt sich dabei um verschiedene Bewertungsvorgänge, welche auf unterschiedlichen Bewertungsgrundlagen beruhen: Die Zeugnis- bzw. Erfahrungsnote bewertet im Sinn einer Gesamtnote die Leistungen über einen längeren Beurteilungszeitraum, während der Prüfungsnote eine punktuelle Prüfungsleistung zugrunde liegt. Es liegen somit unterschiedliche Sachverhalte vor, die nur bedingt miteinander verglichen werden können. Dass die Prüfungsnoten sodann erst im Rahmen einer Beschwerde gegen die Maturitätsverfügung überprüft werden können, ergibt sich ferner schlicht aus der Tatsache, dass die Maturitätsprüfung den letzten und abschliessenden Leistungsnachweis des Bildungsgangs markiert und mit dem Ende der Ausbildung bzw. der Eröffnung des Entscheids über deren Bestehen oder Nichtbestehen zusammenfällt. Ein weiterer wesentlicher Unterschied liegt schliesslich, wie die bisherige Verwaltungsjustizpraxis zu Recht hervorhebt, in der Kompetenzausscheidung zwischen der Schulleitung, in deren Verantwortlichkeit die Zeugnis- und damit auch die Erfahrungsnoten fallen, und der KMK, die für die Prüfungsbenotung und die korrekte Ermittlung der Maturitätsnote verantwortlich zeichnet. Auch diese Aufgabenteilung spricht für die einmalige Anfechtungsmöglichkeit der Erfahrungsnote im Zeitpunkt der Eröffnung des Semesterzeugnisses.

5.4 Soweit der Beschwerdeführer weiter geltend macht, allfällige Beweisschwierigkeiten dürften für die Frage des Anfechtungszeitpunkts keine Rolle

spielen, da ohnehin die Schülerinnen und Schüler die Folgen der Beweislosigkeit tragen müssten, ist ihm Folgendes entgegenzuhalten: In verwaltungsrechtlichen Verfahren gilt die Untersuchungsmaxime, wonach der erhebliche Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist (Art. 18 Abs. 1 VPRG). Die beweisbelastete Partei muss die Folgen der Beweislosigkeit erst dann tragen, wenn sich ein Sachumstand nicht mehr mit hinreichender Klarheit erstellen lässt (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 18 N. 6). Die Parteien sind zwar gehalten, bei der Sachverhaltsermittlung mitzuwirken (Art. 20 VPRG), die Behörde ist jedoch nicht an deren Vorbringen gebunden, sondern muss den Sachverhalt in eigener Verantwortung feststellen. Insofern trifft sie eine Beweisführungslast (vgl. BVR 2008 S. 251 E. 4.4.1, 1998 S. 221 E. 2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 18 N. 6). Es besteht daher sehr wohl ein allgemeines Interesse daran, die Überprüfung von Leistungsbeurteilungen, die als anfechtbare Hoheitsakte zu qualifizieren sind, möglichst zeitnah auszugestalten. Kommt hinzu, dass speziell im Schul- bzw. Prüfungsrecht die Behörden aufgrund ihrer Begründungspflicht gehalten sind, im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens die Transparenz (Nachvollziehbarkeit) des konkreten Bewertungsvorgangs aufzuzeigen und darzulegen, dass sie sich bei der Begründung der Leistungsbewertung von sachlichen Überlegungen haben leiten lassen (BVR 2012 S. 152 E. 1.2). Je länger die streitige Leistungsbewertung zurückliegt, desto schwieriger gestaltet sich dieses Unterfangen. Dass die Schülerin oder der Schüler letztlich die Beweislast trägt, ändert daran nichts.

5.5 Schliesslich überzeugt die kritisierte Praxis auch unter dem Aspekt der Beschwerdebefugnis: Weshalb, wie der Beschwerdeführer geltend macht, «paradox» sein soll, die in einer Erfahrungsnote Ausdruck findende Leistungsbeurteilung in einem für die Maturität relevanten Fach zur Überprüfung bringen zu müssen, auch wenn offen ist, ob sie sich dannzumal effektiv auf das Bestehen der Maturität auswirken würde, ist nicht erkennbar. Verlangt ist allein, dass jene Zeugnis- bzw. Erfahrungsnoten angefochten werden, die nach Ansicht der Betroffenen rechtsfehlerhaft ermittelt wurden. Die Pflicht zur sofortigen Beanstandung ist dem Prüfungsrecht im Übrigen auch in anderem Zusammenhang nicht fremd: So müssen vor oder während den Prüfungen auftretende hinderliche Sachumstände mit möglichen Auswirkungen auf das Prüfungsergebnis (z.B. gesundheitliche Beeinträchtigungen oder Störungen im Prüfungsablauf) unverzüglich geltend gemacht werden, selbst wenn noch nicht feststeht, ob sich diese ausschlaggebend auf das Prüfungsergebnis

auswirken werden; andernfalls verwirkt das Rügerecht. Es ist mit anderen Worten nicht zulässig, den Ausgang der Prüfung abzuwarten und den Hinderungsgrund erst dann geltend zu machen, wenn feststeht, dass sich dieser tatsächlich kausal auf das Prüfungsergebnis bzw. das Nichtbestehen der Prüfung ausgewirkt hat (BVR 2010 S. 104 E. 4.1.1 mit Hinweisen). Es erscheint auch so gesehen sachgerecht, von den Schülerinnen und Schülern die sofortige Anfechtung von Erfahrungsnoten zu verlangen.

Bemerkungen

Die vorstehend wiedergegebenen Urteile befassen sich beide mit dem Rechtsschutz im Bildungswesen. Im einen Fall geht es darum, ob eine Erfahrungsnote unmittelbar nach ihrer Eröffnung mit dem Semesterzeugnis angefochten werden muss oder ob diese Anfechtung auch noch im Rahmen einer Beschwerde gegen das spätere Maturitätszeugnis erfolgen kann. Im anderen Fall wurde eine einzelne Modulnote im Bachelorstudium der Pädagogischen Hochschule (PH) Bern angefochten. Beide Urteile werfen interessante und für den Rechtsschutz im Bildungswesen zentrale Fragen auf. Sie wurden daher in Fünferbesetzung entschieden (E. 1.1 beider Urteile).

Das Urteil zur Anfechtbarkeit von Erfahrungsnoten im Rahmen der kantonalen Maturität (*VGE 100.2012.35*; BVR 2013 S. 311) befasst sich mit der Frage, wann der Rechtsschutz im Prüfungswesen greift. Spätestens mit Inkrafttreten der Rechtsweggarantie im Jahr 2007 (Art. 29a BV) und dem Ablauf der Umsetzungsfrist für die Kantone am 1. Januar 2009 (Art. 130 Abs. 3 BGG) hat jede Person bei «Rechtsstreitigkeiten» Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Damit kann grundsätzlich jede Leistungsbewertung im Bildungsbereich zum Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens gemacht werden, unabhängig davon, ob die Leistungsbewertung genügend oder ungenügend ausfällt. Entscheidend ist einzig, dass eine Rechtsverletzung gerügt wird. Mögliche Rügen sind etwa, dass die Notensetzung willkürlich erfolgt sei oder dass die Bewertung unter Verletzung von Vorschriften des Verfahrensrechts oder der Studienordnung zustande gekommen sei (vgl. Esther Tophinke, Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung, in ZBl 107/2006, S. 88 ff., 107 f.). Damit muss zumindest einmal im Verlauf eines Ausbildungsgangs die Mög-

lichkeit bestehen, die Rechtmässigkeit einer Leistungsbewertung gerichtlich überprüfen zu lassen. Die Rechtsweggarantie wirkt sich damit auch auf das kantonale Verfahrensrecht aus, indem dieses bei Rechtsstreitigkeiten den Weg an ein Gericht ermöglichen und entsprechende Anfechtungsobjekte bereitstellen muss (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_272/2012 vom 9. Juli 2012, E. 4.1-4.4, insbes. E. 4.4.3). Die Frage, die sich in den hier besprochenen Entscheiden stellt, ist somit nicht, ob ein Anspruch auf Rechtsschutz besteht, sondern *wann* der Weg an ein Gericht geöffnet werden soll. Noch während der Ausbildung oder erst nach deren Abschluss?

In dem vom Verwaltungsgericht entschiedenen Maturitätsfall ging es um die Note im Fach «Bildnerisches Gestalten». Hierbei handelt es sich nicht um ein Maturitätsprüfungsfach, doch findet dessen Bewertung aufgrund einer früheren Semesterzeugnisnote Eingang ins Maturitätszeugnis (sog. Erfahrungsnote). Die Semesterzeugnisnote wurde seinerzeit mit einer Rechtsmittelbelehrung eröffnet. Ein Rechtsmittel gegen das Semesterzeugnis wurde vom Beschwerdeführer aber nicht ergriffen, weshalb er die Erfahrungsnote erst in der Beschwerde gegen den definitiven Entscheid über das Nichtbestehen der Matura beanstandete. Der Beschwerde war vor der Erziehungsdirektion kein Erfolg beschieden, da die Semesterzeugnisnote selbständig hätte angefochten werden müssen und im Rahmen einer Beschwerde gegen das Nichtbestehen der Matura nicht mehr überprüfbar sei. Das Berner Verwaltungsgericht schützt diesen Entscheid der Erziehungsdirektion. Das Gericht macht deutlich, dass die Möglichkeit zur vorzeitigen Anfechtung einer Erfahrungsnote gleichzeitig eine Obliegenheit bedeute, von diesem Recht auch Gebrauch zu machen. Es gewichtet die «Pflicht zur sofortigen Beanstandung» im Prüfungsrecht hoch (E. 5.5) und schützt mit seinem Urteil eine langjährige Praxis der Erziehungsdirektion, welche auch von Teilen der Lehre getragen wird (vgl. Martin Aubert, Bildungsrechtliche Leistungsbeurteilungen im Verwaltungsprozess, Diss. Bern, Bern/Stuttgart/Wien 1997, S. 39 f.; Herbert Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. Aufl. Bern/Stuttgart/Wien 2003, S. 715). Die Berner Richterinnen und Richter distanzieren sich damit von der Rechtsprechung des Zürcher Verwaltungsgerichts. Dieses geht davon aus, dass vorgängig eröffnete Erfahrungsnoten anfechtbare Zwischenverfügungen darstellen, welche auch noch mit einem Rechtsmittel gegen das Maturitätszeugnis selber (als Endverfügung) angefochten werden können (Urteil VB.2005.00509 vom 1. März 2006, vgl. www.vgr.zh.ch). Neben der unterschiedlichen Gewichtung der Zeitnähe für einen wirksamen Rechtsschutz

reflektiert die abweichende Rechtsprechung der beiden Gerichte möglicherweise auch die Unterschiede in den Maturitätsprüfungssystemen der Kantone. Die Maturitätsprüfung im Kanton Zürich liegt vorwiegend in der Hand der einzelnen Gymnasien, welche auch die Erfahrungsnoten festsetzen (vgl. § 10 Reglement vom 10. März 1998 für die Maturitätsprüfungen an den Gymnasien des Kantons Zürich, LS 413.252.1). Demgegenüber fällt die Festsetzung der Maturitätsprüfungsnoten im Kanton Bern vor allem in die Zuständigkeit der kantonalen Maturitätskommission und liegt nicht mehr bei denjenigen Stellen, welche die Semesterzeugnisnoten festlegen. Es liegt daher nahe, die Semesterzeugnisnoten im Kanton Bern verfahrensrechtlich als eigenständige Verfügungen zu qualifizieren (vgl. E. 5.3). Das Urteil vermag daher zu überzeugen.

Das zweite Urteil betrifft eine Modulnote, welche im Rahmen eines Bachelorstudiengangs an der PH Bern angefochten wurde (*VGE 100.2011.489*, BVR 2013 S. 301). Der Fall ist insofern ähnlich gelagert, als die Modulnote – ähnlich wie eine Semesterzeugnisnote – am Ende des Ausbildungsgangs Eingang ins Abschlusszeugnis findet. Im Gegensatz zur Semesterzeugnisnote auf Maturitätsstufe spricht das Gericht der Modulnote an der PH Bern aber den Charakter als Verfügung und damit als Anfechtungsobjekt ab und kassiert den Entscheid der Vorinstanz (Rekurskommission PH) von Amtes wegen. Dieses Urteil überzeugt weder in der Begründung noch vom Ergebnis her.

Die *Begründung* des Verwaltungsgerichts stellt darauf ab, dass die Eröffnung einer einzelnen Modul- oder Fachnote keine Verfügung im Rechtsinn darstelle, auch wenn sie formell als Verfügung eröffnet worden sei. Das bernische VRRPG selber enthält keine Legaldefinition des Verfügungsbegriffs, weshalb die Rechtsprechung sinngemäss auf Art. 5 Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) abstellt (Markus Müller, *Bernische Verwaltungsrechtspflege*, 2. Aufl. Bern 2011, S. 109). Ein Merkmal von Verfügungen ist, dass sie gestaltend oder feststellend auf Rechtswirkungen zielen. Dies ist jedoch nach Ansicht des Verwaltungsgerichts bei einzelnen Fachnoten nur dann der Fall, wenn von der Notenhöhe die Möglichkeit abhängt, zusätzliche Kurse oder Weiterbildungen zu absolvieren oder besondere Qualifikationen zu erwerben. Das Verwaltungsgericht verneint das Vorliegen dieser Voraussetzungen im vorliegenden Fall. Es stellt darauf ab, der Beschwerdeführer habe mit seiner genügenden Note die ihm zustehende Anzahl ECTS-Punkte erreicht. Nur dies sei für das

Fortsetzen oder Abschliessen des Studiums relevant (vgl. E. 2.2 und 2.3). Zwar anerkennt das Gericht, dass die Modulnoten Eingang ins Zeugnis finden, insbesondere in die dort ausgewiesenen Gesamtnoten je Studienbereich (E. 2.2 und 2.3; vgl. auch Art. 70 Abs. 3-5 des Studienreglements vom 14. September 2005 für das Bachelor- und Masterstudium Sekundarstufe I). Allein diese Festlegung der Notenhöhe verleihe dem Zeugnis keine Rechtswirkungen. Das Verwaltungsgericht orientiert sich damit inhaltlich an der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zur staatsrechtlichen Beschwerde und folgt nicht der geänderten Rechtsprechung, wie sie zur subsidiären Verfassungsbeschwerde und mit Blick auf eine vergleichbare Gesetzeslage im Kanton Bern ergangen ist. In BGE 136 I 229 war die Benotung einer an der Universität Bern eingereichten Masterarbeit zu beurteilen. Die Studentin focht die erteilte Note 5 («gut») an und verlangte die Anhebung auf 5,5 oder 6. Es ging somit weder um die Frage, ob ihr ECTS-Punkte erteilt werden, noch ob sie ihr Studium abschliessen kann. Auch das Absolvieren eines weiteren Ausbildungsgangs (Doktoratsstudium) stand in Anbetracht des Gesamtnotenschritts im Masterzeugnis (5,43) nicht zur Diskussion. Umstritten waren einzig die Benotung und damit die Bewertung der Qualität der Leistung. Die Studentin befürchtete, durch das schlechtere Gesamtprädikat («magna cum laude» anstelle von «summa cum laude») würden ihre Erfolgsaussichten bei der Stellensuche geschmälert. Das Bundesgericht stellte indes fest, die Studentin habe inzwischen «eine angemessene Stelle» gefunden (BGE 136 I 229 E. 2.4 S. 233). Nach der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts wäre in dieser Situation der Verfügungscharakter der Notenfestsetzung zu verneinen gewesen (BGE 136 I 229 E. 2.2 S. 232). Das Bundesgericht bejahte aber in Präzisierung seiner Rechtsprechung das Vorliegen eines Anfechtungsobjekts: «Mit dem Prädikat wird die Gesamtleistung des Kandidaten beurteilt. Die Gesamtbeurteilung mündet in diesem Sinn in einen Feststellungsentscheid über die fachliche Prüfungsleistung, der nach rechtlichen Kriterien ergeht, die sich aus dem Reglement und den darauf gestützten weiteren Bestimmungen wie Richtlinien der Fakultät ergeben [...]». Dem Entscheid über das Prädikat kann ein hoheitlicher Charakter mithin nicht abgesprochen werden [...]» (E. 2.5.2, S. 234). Das Bundesgericht macht damit deutlich, dass einer Note, welche sich allein auf das *wertende* Gesamtprädikat auswirkt, Verfügungscharakter zukommt und sie damit ein Anfechtungsobjekt darstellen muss. In dem vom Berner Verwaltungsgericht zu beurteilenden Fall hat die Modulnote zwar nicht Auswirkungen auf ein Schlussprädikat,

welches die Studienleistung in ihrer Gesamtheit bewertet (wie in BGE 136 I 229) – ein solches Gesamt- oder Schlussprädikat wird im Rahmen der Ausbildung an der PH Bern nicht verliehen. Die einzelnen Modulnoten werden aber im Zeugnis wiedergegeben. Zudem enthält das Zeugnis für die einzelnen Studienbereiche Gesamtnoten, welche gemäss reglementarischen Vorgaben aus den einzelnen Modulnoten errechnet werden. Ein grundlegender Unterschied zu dem vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall ist damit nicht erkennbar. Dass das Bachelorzeugnis der Pädagogischen Hochschule mehrere Gesamtnoten enthält und nicht ein einzelnes Schlussprädikat wie das Masterzeugnis der Universität Bern, kann nach der hier vertretenen Ansicht kein relevantes Unterscheidungskriterium sein.

Nach dem Gesagten sollte die Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht dahingehend verfeinert werden, dass zwischen Gesamtnoten und Schlussprädikaten differenziert wird; vielmehr sollten die rechtsanwendenden Behörden den Verfügungscharakter einer Modulnote auf der Tertiärstufe (Universitäten, Pädagogische Hochschulen und Fachhochschulen) konsequent anerkennen (auf diese Konsequenz – allerdings kritisch – hinweisend: Paul Richli, Fragewürdige Verrechnungen im Prüfungswesen, in Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, S. 247 ff., 257). Solche Noten sind zu unterscheiden von «Einzelnoten» in der obligatorischen Schule und der Sekundarstufe II (wozu auch die Maturitätsschulen gehören), welchen noch stärker der Charakter eines pädagogischen Instruments der einzelnen Lehrperson gegenüber den Schülern zukommt. Modulnoten im Tertiärbereich bewerten demgegenüber eine individuelle Leistung aus Sicht der Bildungsinstitution gegenüber den Studierenden und gegenüber ausstehenden Dritten abschliessend und in verbindlicher Weise (vgl. Sebastian Heselhaus/Corinna Seiberth, Darf «Dummheit» bestraft werden? Zur juristischen Kontrolle von Bewertungen, in Jürg-Beat Ackermann/Felix Bommer [Hrsg.], *liber amicorum* für Dr. Martin Vompion, Zürich 2009, S. 173 ff., 181 f.; Markus Müller, in Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 5 Rz. 8). Die einzelnen Module sind mit der Bologna-Reform zur zentralen Referenzgrösse der Leistungsbewertung im tertiären Bildungsbereich geworden und finden regelmässig auch Eingang ins abschliessende Bachelor- oder Masterzeugnis (vgl. Universität Zürich und Rektorenkonferenz der Schweizer Hochschulen, Die Curricula-Reform an Schweizer Hochschulen, Zürich 2008, S. 31). Diesem

Umstand sollten auch die Gerichte Rechnung tragen. Der Verfügungscharakter einzelner Modulnoten müsste selbst dann anerkannt werden, wenn neben den Auswirkungen auf das wertende Schlussprädikat weitere Rechtswirkungen verlangt werden, wie dies das Berner Verwaltungsgericht tut. Denn in der von einer hohen Regulierungsdichte und Mobilität geprägten Hochschullandschaft ist kaum jemand in der Lage, verlässlich zu prognostizieren, ob die Festlegung einer Modulnote – und zwar auch deren Höhe – im Rahmen eines Zulassungsverfahrens an einer anderen Hochschule oder bei Anrechnung in einem anderen Bildungsgang Rechtswirkungen entfaltet (Herbert Plotke, a.a.O., S. 714 f.; ders., Die Anfechtbarkeit von Prüfungsnoten, in ZBl 82/1981, S. 445 ff., 446 f.; vgl. auch Martin Aubert, a.a.O., S. 75; Marcel Koller, Was heisst «Faïre Prüfung»? Die wesentlichen rechtlichen Aspekte bei Prüfungen an schweizerischen Mittel- und Hochschulen, Diss. St. Gallen, Wallisellen 2001, S. 166). So sind beispielsweise Bachelorabsolventen einer schweizerischen Pädagogischen Hochschule an der Universität Basel nur dann zum Masterstudium zugelassen, wenn sie einen Notenschnitt von mindestens 5 nachweisen können (§ 17 Studierenden-Ordnung der Universität Basel vom 28. September 2011, SG 441.800). Die im vorliegenden Fall erteilte Note 4 wirkt sich negativ auf den Notenschnitt aus und ist damit geeignet, die Mobilität des Studierenden einzuschränken.

Die ausdrückliche Rechtsgrundlage für den Erlass von Notenentscheiden in Verfügungsform ist das einschlägige Reglement der PH Bern. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichts ist dieses Reglement «keine hinreichende gesetzliche Grundlage [...] um losgelöst von den Strukturmerkmalen der Verfügung Anfechtungsobjekte zu schaffen» (E. 1.6 am Ende). Diese Argumentation überzeugt nicht. Zwar enthält das Gesetz über die PH Bern keine ausdrückliche Definition der zulässigen Anfechtungsobjekte. Eine systematische und (mit Blick auf die Bologna-Reform) zeitgemässe Auslegung legt aber den Schluss nahe, dass gegen einzelne Modulnoten ein Rechtsmittel gegeben sein muss. So hat der Gesetzgeber die Rekurskommission als «interne Verwaltungsjustizbehörde der Pädagogischen Hochschule» geschaffen (Art. 41 Abs. 1 PHG). Diese ist zuständig für Beschwerden gegen «Verfügungen» der Hochschulorgane (Art. 64 Abs. 2 PHG). Lediglich bei Verfügungen der obersten Organe der PH – Schularat, Schulleitung und Rektorin oder Rektor – ist Beschwerde bei der Erziehungsdirektion zu erheben (Art. 64 Abs. 1 PHG). Zu diesen Verfügungen, welche direkt bei der Erziehungsdirektion anzufragen sind, gehören unter anderen die vom Rektor verliehenen Bache-

lor- und Mastertitel (Art. 39 Abs. 1 Bst. k PHG). Damit verbleiben gemäss PHG die einzelnen Modul- oder Prüfungsnoten als Anfechtungsobjekte vor der Rekurskommission. Darauf deutet auch Art. 64 Abs. 4 PHG hin, welcher bei «Beschwerden gegen Ergebnisse von Prüfungen» die Rüge der Unangemessenheit ausschliesst. Diese Bestimmung regelt zwar in erster Linie die Kognition der Rechtsmittelinstanzen, bringt aber auch zum Ausdruck, dass «Ergebnisse von Prüfungen» Gegenstand eines eigenständigen Beschwerdeverfahrens bilden sollen.

Wenig überzeugend ist sodann die Argumentation des Verwaltungsgerichts, das Studien- und Prüfungsreglement verletze die Vorschriften zur Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen, da es sich an eine Vielzahl von Adressatinnen und Adressaten richte und die Normen dementsprechend in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein müssten (E. 1.6). Das Reglement richtet sich an die Studierenden der PH und damit an eine begrenzte Zahl von Personen, die als Benutzerinnen und Benutzer in einem besonderen Rechtsverhältnis zur PH Bern als autonomer Anstalt des öffentlichen Rechts stehen (vgl. Art. 1 Abs. 2 und 11 Abs. 1 PHG). Die Anforderungen an die Normstufe der Regelung sind damit herabgesetzt (BGE 135 I 79 E. 6.2 S. 85). Dies gilt umso mehr, als die in Frage stehende Vorschrift nur begrenzt in die Rechtsstellung der Betroffenen eingreift; sie bezweckt im Gegenteil, den Studierenden einen zeitnahen Rechtsschutz zu ermöglichen. Würde hingegen der Rechtsschutz in Abweichung der Grundordnung des VRPG beschränkt, wäre eine formellgesetzliche Grundlage zweifelsohne angezeigt (so bei der eingeschränkten Kognition: Art. 64 Abs. 4 PHG). Mit dem Reglement wird nun aber gerade nicht «in erheblichem Mass von grundlegenden und seit langem anerkannten Prinzipien abgewichen» (so aber E. 1.6 gegen Ende). Das Reglement fungiert auch nicht eine Verfügung, wo keine ist (so aber E. 1.4). Vielmehr ist davon auszugehen, dass mit der Vorschrift den regelmässig nicht rechtskundigen Hochschulorganen in Erinnerung gerufen werden soll, dass sie ihre Entscheide in gewissen Situationen in die Form einer Verfügung zu kleiden haben. Gerade weil sich Leistungsbewertungen im Bildungswesen nicht ohne weiteres in die Kategorien des Verfügungsbegriffs einordnen lassen und eine Legaldefinition der Verfügung auf Gesetzesstufe fehlt, müssen Hochschulen im Rahmen ihrer autonomen Satzungen die Möglichkeit haben, diese Frage im Interesse der Rechtssicherheit zu klären (Entscheid der Rekurskommission der Universität Bern vom 29. Juni 2005 i. S. X. gegen RW-Fakultät, B6/05, E. 1b; vgl. auch Markus Müller, Kommentar VwVG, a.a.O.,

Rz. 8). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass zahlreiche Hochschulen in der West- und Nordwestschweiz die Anfechtung von Einzelprüfungen in ihren autonomen Satzungen regeln (so die Universitäten Basel, Bern, Freiburg, Genf, Lausanne und Neuenburg). Die gesetzlichen Grundlagen der Hochschulen des Bundes und der Nordostschweiz regeln das Anfechtungsobjekt zwar nicht ausdrücklich, gehen implizit aber davon aus, dass das Ergebnis einzelner Prüfungen in Verfügungsform eröffnet wird und damit auch Anfechtungsobjekt eines Rechtsmittelverfahrens bildet (vgl. Art. 37 Abs. 4 Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen, SR 414.110; § 46 Abs. 4 Gesetz vom 15. März 1998 über die Universität Zürich, LS 415.11; § 36 Abs. 3 Fachhochschulgesetz des Kantons Zürich vom 2. April 2007, LS 414.10; Art. 45 Gesetz vom 26. Mai 1988 über die Universität St. Gallen, sGS 217.11). Die Eröffnung von einzelnen Prüfungs- bzw. Modulnoten in Verfügungsform dürfte damit im Bereich der tertiären Ausbildung zum schweizerischen Standard gehören (Daniel Widrig, Studieren geht über Prozessieren: Rechtsschutz von Studierenden bei Prüfungen, Jusletter vom 2. Mai 2011, Rz. 26).

Nicht zuletzt vermag der Entscheid in Sachen PH Bern vom Ergebnis her nicht zu überzeugen. Nur die separate Anfechtung von Modulnoten ermöglicht einen zeitnahen Rechtsschutz in einer von Mobilität geprägten Hochschullandschaft. Der Rechtsschutz gegenüber Leistungsbewertungen im Bildungsbereich ist ohnehin nur begrenzt wirksam. Die Einmaligkeit der Examenssituation, die fehlenden Vergleichsmöglichkeiten und der fehlende Sachverstand der Rechtsmittelinstanzen führen zu einer sehr eingeschränkten Prüfungsichte im Rechtsmittelverfahren (Patricia Egli, Gerichtlicher Rechtsschutz bei Prüfungsfallen: Aktuelle Entwicklungen, in ZBl 112/2011, S. 538 ff., 553). Wird die Überprüfung zusätzlich erschwert, indem zwischen Examen und Rechtsmittelverfahren eine grosse Zeitspanne liegt, dürfte der Rechtsschutz faktisch ganz verunmöglicht werden. Dies gilt besonders dann, wenn der Modulnote ein mündliches Examen zu Grund liegt wie im vorliegenden Fall. Monate oder gar Jahre nach einem abgelegten mündlichen Examen lässt sich dessen Ablauf kaum mehr rekonstruieren (vgl. hierzu die zunehmenden Überlegungen des Verwaltungsgerichts in VGE 100.2012.35, E. 5.4 [BVR 2013 S. 311]; vgl. auch Paul Richli, a.a.O., S. 257). Wird einzelnen Modulnoten der Verfügungscharakter abgesprochen, stellen sich auch Fragen mit Blick auf die Mobilität der Studierenden: Sind die in einem Gastsemester an einer anderen Hochschule abgelegten Module ausnahmsweise

doch anfechtbar? Oder können diese Modulnoten erst im Rahmen der Anfechtung gegen den Bachelor- oder Masterabschluss an der Heiminstitution angefochten werden? Nicht zuletzt wirft der Entscheid Fragen mit Blick auf die Zukunft der Rekurskommission der PH Bern auf. Möglicherweise wird diese Institution durch das gerichtliche Urteil ganz überflüssig oder sie kann nur noch dort entscheiden, wo eine Modulnote ungenügend ausfällt. Im Regelfall dürfte nur noch die Möglichkeit eines Rechtsmittels gegen den Bachelor- resp. Masterabschluss bestehen, und somit ein Weiterzug an die Erziehungsdirektion. Damit verliert die mit Autonomie ausgestattete Hochschule ein wichtiges Instrument zur internen Qualitätssicherung. Leidtragende sind aber in erster Linie die Rechtsschutz suchenden Studierenden: Sie sehen sich beim Aufspüren von anfechtbaren Verfügungen ins überwunden geglaubte Zeitalter der Jäger und Sammler zurückversetzt (vgl. Sergio Giacomini, Vom «Jagdmachen auf Verfügungen», in ZBI 94/1993 S. 237 ff.).

Prof. Dr. Benjamin Schindler, St. Gallen

STEUERN IMPOTS

Urteil des Verwaltungsgerichts (Verwaltungsrechtliche Abteilung) vom 14. Dezember 2012 i.S. Steuerverwaltung gegen X. und Steuerrekurskommission (VGE 100.2011.385)

Schenkungssteuer: Liegenschaftsverkauf unter dem amtlichen Wert

1. Ein für die gemischte Schenkung vorausgesetztes offensichtlich Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung liegt nicht bereits dann vor, wenn die Parteien einen vom amtlichen Wert abweichenden Preis festsetzen (Art. 8 Abs. 2, Art. 15 ESchG). Massgebend ist, ob der Kaufpreis und der schätzungsweise ermittelte Verkehrswert erheblich voneinander abweichen. Ein Missverhältnis wird aber vermutet, wenn der Kaufpreis unter dem amtlichen Wert liegt. (E. 3.1)
2. Methoden und Schätzungsverfahren zur Verkehrswertermittlung von Liegenschaften (E. 3.2-3.4).
3. Die StRK durfte für die Ermittlung der im Erwerbszeitpunkt sanierungsbedürftigen Liegenschaft abweichend von der Steuerverwaltung auf die sog. Residualmethode, eine Variante der Ertragswertmethode, abstellen (Art. 24 ESchG i.V.m. Art. 198 Abs. 2 und Art. 199 StG; E. 4.1-4.4).
4. Der von der StRK ermittelte Verkehrswert in Höhe des Kaufpreises hält der Rechtskontrolle stand, womit die Vermutung eines offensichtlich Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung widerlegt ist (E. 4.5-4.7).

Impôt sur les donations: vente d'un bien-fonds en dessous de sa valeur officielle

1. Pour admettre une donation mixte, la condition d'une disproportion manifeste entre la prestation et la contreprestation n'est pas déjà remplie par le seul fait que les parties conviennent d'un prix de vente différent de la valeur officielle (art. 8 al. 2 et art. 15 LISD). Est déterminante, la question de savoir si le prix de vente convenu et la valeur vénale estimée divergent considérablement l'un de l'autre. Une disproportion est néanmoins présumée lorsque le prix de vente se situe en dessous de la valeur officielle. (c. 3.1)