

VERFAHREN PROCEDURE

Feststellung der Zuständigkeit der Zivilgerichte durch das Verwaltungsgericht (Verwaltungsrechtliche Abteilung) vom 14. Mai 2019 nach Meinungsaustausch mit dem Obergericht (100.2018.342)

Verweis gegen Schülerin durch ein privatrechtlich verfasstes Gymnasium; Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Verwaltungsjustiz und Ziviljustiz (Art. 8 VRPG)

1. Qualifikation des ersten Ausbildungsjahrs des gymnasialen Bildungsgangs des Freien Gymnasiums Bern: Keine eigentliche Beleihung (Art. 2 und 48 ff. MiSG, Art. 65 f. VSG) und Fehlen von Regelungen in der Mittelschulgesetzgebung (Art. 33-47 MiSG), welche namentlich das für kantonale Schulen geltende Schülerdisziplinarrecht auf private Anbieter anwendbar erklären (E. 2.3-2.7); der strittige Verweis bestimmt sich nach dem zwischen den Parteien geschlossenen privatrechtlichen Unterrichtsvertrag (E. 2.8).
2. Die Streitsache fällt in die Zuständigkeit der Zivilgerichte (E. 3.1). Richtiges Vorgehen nach Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 Abs. 2 VRPG (E. 1 und 3.2).
3. Nicht das Verwaltungsgericht, sondern der Regierungsrat ist Aufsichtsbehörde über die Organe der kantonalen Verwaltung (Art. 87 Abs. 1 KV); insoweit ist zwar eine öffentlich-rechtliche Vorkehr angesprochen, das Verwaltungsgericht aber sachlich nicht zuständig; Nichteintreten (E. 4).

Réprimande prononcée à l'encontre d'une élève par un gymnase régi et organisé selon le droit privé; délimitation des compétences entre la juridiction administrative et la justice civile (art. 8 LPJA)

1. Qualification de la première année de formation gymnasiale au «Freies Gymnasium Bern»: pas de délégation de tâches publiques proprement dite (art. 2 et 48 ss LEM, art. 65 s. LEO) et absence de réglementation dans la législation sur les écoles moyennes (art. 33-47 LEM) qui déclarerait notamment applicable aux écoles privées le droit disciplinaire scolaire des écoles cantonales (c. 2.3-2.7); la réprimande litigieuse est régie par le contrat d'enseignement de droit privé conclu entre les parties (c. 2.8).

2. L'objet du litige est de la compétence des tribunaux civils (c. 3.1). Marche à suivre au sens de l'art. 6 al. 2 en corrélation avec l'art. 8 al. 2 LPJA (c. 1 et 3.2).
3. Le Conseil-exécutif, et non pas le Tribunal administratif, représente l'autorité de surveillance sur les organes de l'administration cantonale (art. 87 al. 1 ConstC); cela étant, une mesure de droit public est certes évoquée, mais le Tribunal administratif n'est pas compétent en la matière; irrecevabilité (c. 4).

Sachverhalt (gekürzt):

A.- Der Verein Freies Gymnasium Bern ist Träger der gleichnamigen Schule. Diese führte anfangs April 2018 für die Schülerinnen und Schüler des ersten gymnasialen Ausbildungsjahrs (kurz: Gym 1; altrechtlich: Quarta) ein Schneesportlager durch. An einem Abend hat A. zusammen mit anderen Jugendlichen ihrer Klasse trotz entsprechendem Verbot Alkohol konsumiert, wobei es zu einem Unfall kam.

Am 2. Mai 2018 erteilte der Rektor A. wegen der Vorfälle im Schneesportlager einen schriftlichen Verweis. Er fügte an, dass gegen den Verweis innert 30 Tagen Beschwerde bei der Schulkommission des Freien Gymnasiums Bern geführt werden könne.

B.- Gegen den Verweis erhob A., gesetzlich vertreten durch ihre Eltern, mit Eingabe vom 1. Juni 2018 (Sprung-)Beschwerde bei der Erziehungsdirektion des Kantons Bern (ERZ). Der Verein Freies Gymnasium Bern stellte den Antrag, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten und die Eingabe sei zur weiteren Behandlung an die Schulkommission des Gymnasiums weiterzuleiten. Es liege nicht auf der Hand, dass es sich bei der Disziplinar massnahme um eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit handle. Jedenfalls seien bloss verbindliche Anordnungen als Verfügung anfechtbar. Eine solche läge bereits deshalb nicht vor, weil gemäss der schulischen Disziplinarordnung erst die Schulkommission schriftliche Verweise verbindlich anordne. A. bestätigte ihre Auffassung, dass der Verweis als Verfügung zu qualifizieren sei, welche unmittelbar bei der ERZ angefochten werden könne.

Mit Entscheid vom 20. September 2018 trat die ERZ kostenfälligerweise auf die Beschwerde nicht ein. Der privatrechtlich konstituierte Verein Freies Gymna-

sium Bern sei nicht Träger öffentlicher Aufgaben. Entsprechend handle er nicht als Behörde und stelle der Verweis keine Verfügung dar. Angesichts dessen bestehe auch kein Raum, die Eingabe vom 1. Juni 2018 an die Schulkommission des Freien Gymnasiums Bern weiterzuleiten.

C.- Gegen den Entscheid der ERZ hat A. am 19. Oktober 2018 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit dem Antrag, der angefochtene Entscheid und der Verweis seien aufzuheben. Weiter sei die ERZ anzuweisen, im Zusammenhang mit dem Vorfall vom 4. April 2018 aufsichtsrechtliche Massnahmen gegenüber dem Freien Gymnasium Bern zu prüfen. Eventuell sei die Sache zur materiellen Beurteilung und Wahrnehmung der Aufsichtspflichten an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die ERZ beantragt mit Vernehmlassung die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Der Verein Freies Gymnasium Bern beantragt mit Beschwerdeantwort ebenfalls die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei; er bekräftigt seinen vor der ERZ vorgebrachten Standpunkt.

D.- Am 9. April 2019 hat das Verwaltungsgericht dem Obergericht des Kantons Bern die Angelegenheit im Rahmen eines Meinungsaustauschs unterbreitet und vorläufig die Ansicht vertreten, dass der Verein Freies Gymnasium Bern mit der Führung des ersten gymnasialen Ausbildungsjahrs keine öffentliche Aufgabe erfülle und die strittige Disziplinarsache zivilrechtlicher Natur sei.

Das Obergericht hat sich mit Schreiben vom 30. April 2019 dieser Auffassung angeschlossen. Es hält zudem fest, dass seiner Ansicht nach das Rechtsmittel gegen die Disziplinar massnahme, auf welches der Rektor verweise, das korrekte sei.

Aus den Erwägungen:

1.

Hält sich eine untere Verwaltungsjustizbehörde im Gegensatz zu den Parteivorbringen für unzuständig und scheidet auch eine Weiterleitung aus, so tritt sie gemäss Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwal-

tungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) auf die Eingabe nicht ein. Vorbehalten ist der Fall, dass sie die Akten gemäss Art. 8 Abs. 2 VRPG zum Entscheid über die Zuständigkeit an die Rechtsmittelbehörde weiterzuleiten hat. So hat eine untere Verwaltungsjustizbehörde vorzugehen, wenn sie der Meinung ist, die bernischen Zivil- oder Strafgerichte seien zuständig. Die ERZ hat einen Nichteintretensentscheid gefällt; sie hielt offenbar Art. 6 Abs. 2 VRPG für einschlägig. So oder anders hat vorliegend das Verwaltungsgericht als Rechtsmittelinstanz zu entscheiden (Art. 74 Abs. 1 i. V. m. Art. 76 und 77 VRPG). Es fällt seinen Entscheid, weil es um die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Verwaltungs- und Zivilrechtspflege geht (Art. 8 Abs. 2 VRPG; vgl. hinten E. 3.2), in Fünferbesetzung (Art. 56 Abs. 2 Bst. b des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

2.

2.1 Strittig ist, ob der vom Freien Gymnasium Bern ausgesprochene Verweis auf öffentlichem Recht beruht und damit überhaupt eine Verfügung ist, die im nachträglichen Anfechtungsstreitverfahren des VRPG zu beurteilen ist. Dazu ist zunächst relevant, ob der Verein Freies Gymnasium Bern mit der Führung des ersten gymnasialen Ausbildungsjahrs eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt.

2.2 Für das Schulwesen sind die Kantone zuständig (Art. 62 Abs. 1 der Bundesverfassung [BV; SR 101]). Die kantonale Schulhoheit erstreckt sich nicht nur auf den obligatorischen Grundschulunterricht (Art. 62 Abs. 2 BV), sondern umfasst darüber hinaus auch die Mittelschulen (Giovanni Biaggini, BV-Kommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 62 N. 5; Peter Hänni, in Basler Kommentar, 2015, Art. 62 BV N. 13). Letztere sind allgemein bildende Schulen der Sekundarstufe II und umfassen Gymnasien und Fachmittelschulen (Art. 4 Abs. 1 des Mittelschulgesetzes vom 27. März 2007 [MiSG; BSG 433.12]). Die gymnasialen Bildungsgänge dauern im Kanton Bern in der Regel vier Jahre und beginnen nach dem zweitletzten Schuljahr der Volksschule (Art. 9 MiSG). Dabei ist das erste Jahr des Gymnasiums gleichzeitig das letzte Schuljahr der Volksschule (Art. 11 MiSG). Die gymnasialen Bildungsgänge bereiten die Schülerinnen und Schüler auf Studien an universitären oder pädagogischen Hochschulen vor und vermitteln eine breit gefächerte Grundbildung für andere Bildungsgänge der Tertiärstufe. Sie werden mit schweizerisch

anerkannten gymnasialen Maturitätsausweisen abgeschlossen (Art. 7 Abs. 1 und 4 MiSG). Der Kanton bietet die gymnasialen Bildungsgänge in erster Linie selber an (Art. 2 und Art. 6 Bst. a MiSG). Daneben anerkennt er jedoch auch Ausbildungsabschlüsse privater Anbieter und gewährt Beiträge (Art. 2 und 48 ff. MiSG; vgl. Martin Aubert, *Bildungsrecht*, in Müller/Feller [Hrsg.], *Bernisches Verwaltungsrecht*, 2. Aufl. 2013, S. 633 ff., 653 N. 40 f. und 52). Für die Anerkennung eines Abschlusses wird unter anderem vorausgesetzt, dass die Aufgaben nach dem Mittelschulgesetz erfüllt werden, der kantonale Lehrplan eingehalten wird, die Bestimmungen über die Anerkennung von gymnasialen Maturitätsausweisen beachtet werden und die Maturitätsprüfungen unter der Verantwortung der kantonalen Maturitätskommission und nach den kantonalen Bestimmungen abgeschlossen werden (Art. 48 Abs. 1 MiSG). Hinsichtlich des ersten Jahres des gymnasialen Bildungsgangs gilt die Anerkennung zugleich als Bewilligung zur Führung einer Privatschule im Sinn der Volksschulgesetzgebung (Art. 48 Abs. 2 MiSG i.V.m. Art. 65 f. des Volksschulgesetzes vom 19. März 1992 [VSG; BSG 432.210]). Der Lehrplan 17 für den gymnasialen Bildungsgang gilt somit auch für den vierjährigen gymnasialen Bildungsgang an den privaten Gymnasien mit kantonal anerkannter Maturität. Dabei ist jedoch lediglich die Gesamtheit der im allgemeinen Teil und in den Fachlehrplänen festgehaltenen Lehrplanziele verbindlich. Bei der Aufteilung der Ziele auf die Ausbildungsjahre sind die privaten Gymnasien hingegen frei (Art. 1 Abs. 3 der Direktionsverordnung vom 25. August 2016 über den Lehrplan 17 für den gymnasialen Bildungsgang [BSG 433.121.2]). Ist ein Ausbildungsabschluss kantonal anerkannt und besteht Gewähr für das Einhalten der Qualitätsvorgaben, so kann der Kanton dem privaten Anbieter Beiträge in Form von Finanzhilfen leisten. Diese betragen höchstens 60 Prozent der entsprechenden Kosten kantonalen Bildungsangebote abzüglich der Erlöse (Art. 49 MiSG). Dazu schliesst die zuständige Stelle der ERZ mit den privaten Anbietern Leistungsverträge ab (Art. 52 MiSG).

2.3 Das Freie Gymnasium Bern bietet unter anderem einen gymnasialen Ausbildungsgang an, dessen Abschluss vom Kanton anerkannt ist. Zudem unterstützt der Kanton diesen Ausbildungsgang mit Beiträgen (Leistungsvertrag 2016-2019 mit dem Mittelschul- und Berufsbildungsamt). Das Freie Gymnasium Bern verfügt damit hinsichtlich des ersten Jahres des gymnasialen Bildungsgangs über die Bewilligung zur Führung einer Privatschule. Nicht jede Privatschule, welcher eine Bewilligung erteilt wurde, erfüllt jedoch eine

öffentliche Aufgabe. Dies setzt vielmehr eine eigentliche *Aufgabenübertragung* (Beleihung) voraus (vgl. Ueli Friederich, Bemerkungen zu BGer 2C_807/2015, in ZBl 2017 S. 386 ff., 386 f. mit Hinweisen; vgl. auch Herbert Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. Aufl. 2003, S. 76 f.), welche einer genügenden formellgesetzlichen Grundlage bedarf (vgl. BGE 138 I 196 E. 4.4.3 [Pra 101/2012 Nr. 126]; BVR 2013 S. 365 E. 4.2). Mit der Übertragung wäre die Schule nicht mehr Privatschule im eigentlichen Sinn, sondern würde zur öffentlichen Schule mit privater Trägerschaft (vgl. Ueli Friederich, a.a.O., S. 387). Dies lässt sich vorab dann in Betracht ziehen, wenn eine Schule mit privater Rechtsträgerschaft *anstelle* des Staates tätig wird, weil dieser auf die Führung von eigenen Institutionen verzichtet und der private Träger die fragliche öffentliche Aufgabe wahrnimmt (vgl. BGer 2C_586/2016 vom 8.5.2017, in ZBl 2018 S. 35 E. 2.2; OGer ZH NP140006 vom 1.7.2014, in ZR 2014 S. 275 E. 3.2.3; Herbert Plotke, a.a.O., S. 49 ff.; Beatrice Wagner Pfeifer, Staatlicher Bildungsauftrag und staatliches Bildungsmonopol, in ZBl 1998 S. 249 ff., 258; anders noch BGer 2P.296/2002 vom 28.4.2003 E. 4.1.2).

2.4 Der Kanton Bern bietet gymnasiale Bildungsgänge auch bzw. vorwiegend selber an. Folglich wird das Freie Gymnasium Bern nicht anstelle des Kantons, sondern bloss ergänzend tätig. Die Bewilligung und Anerkennung von Privatschulen dient dabei nicht der Entlastung der staatlichen Schulen, sondern soll vielmehr den Eltern ermöglichen, ihre Kinder auf eine Schule mit einer spezifischen pädagogischen, weltanschaulichen, religiösen oder konfessionellen Ausrichtung zu schicken (vgl. Markus Rüssli, Rechtsstellung und Bedeutung der Privatschulen im Kanton Zürich, in Gächter/Jaag [Hrsg.], Das neue Zürcher Volksschulrecht, 2007, S. 35 ff., 37). So ist es beispielsweise Ausfluss der Glaubens- und Gewissensfreiheit, wenn einerseits die Eltern ihre Kinder in Übereinstimmung mit der religiösen Überzeugung in einer entsprechenden Privatschule unterrichten lassen, und andererseits eine juristische Person in Verfolgung ihrer religiösen Zwecke eine solche Privatschule führt (BGE 114 Ia 129 E. 3a; BGer 2C_807/2015 vom 18.10.2016, in ZBl 2017 S. 377 E. 5.1 f.; Stöckli/Piolino, Religiöse Privatschulen im Spannungsfeld, in AJP 2018 S. 42 ff., 48 mit weiteren Hinweisen). Weiter ist das Freie Gymnasium Bern gemäss dem Leistungsvertrag auch nicht verpflichtet, eine bestimmte Anzahl Plätze anzubieten. Damit fehlt es an der Erfüllungspflicht, einem (weiteren) Element der öffentlichen Aufgabe (vgl. Bernhard

Rütsche, Was sind öffentliche Aufgaben?, in recht 2013 S. 153 ff., 159 mit weiteren Hinweisen). Ebendies scheint auch die Ansicht des Gesetzgebers zu sein, indem der Kanton Ausbildungsgänge Privater bloss *anerkennt* und *Beiträge* an Privatschulen als Finanzhilfen im Sinn des Staatsbeitragsgesetzes vom 16. September 1992 (StBG; BSG 641.1) *gewähren kann*. Finanzhilfen sind geldwerte Vorteile, die an ausserhalb der Kantonsverwaltung stehende Staatsbeitragsempfängerinnen oder -empfänger gewährt werden, um die *freiwillige Erfüllung* von Aufgaben, die im öffentlichen Interesse liegen, zu fördern oder zu erhalten, während Abgeltungen die finanziellen Lasten, welche sich aus der Erfüllung öffentlich-rechtlich vorgeschriebener oder übertragener Aufgaben ergeben, mildern oder ausgleichen (Art. 3 Abs. 2 und 3 StBG). Das systematisch im 4. Kapitel «Gewähren von Beiträgen» vorgesehene Instrument des Leistungsvertrags regelt bloss den zweckkonformen Mitteleinsatz bzw. die Subventionsbedingungen, worin keine Aufgabenübertragung liegt. Die gesetzlichen Grundlagen sprechen daher dafür, dass das Freie Gymnasium Bern mit der Führung des Gym 1 nicht in Erfüllung einer ihm übertragenen öffentlichen Aufgabe tätig ist, sondern als (echte) Privatschule. Damit wäre das Verhältnis zwischen der Schule und der Beschwerdeführerin zivilrechtlicher Natur. Folgendes stützt diesen Schluss:

2.5 Selbst wenn ein Privatrechtssubjekt eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt, ist deren Erfüllung nicht zwingend an hoheitliches Handeln gebunden, sondern kann auch als Realakt oder in privatrechtlichen Handlungsformen erfolgen (VGE 2012/118 vom 4.2.2013 E. 3.4; BGE 105 II 234 E. 2; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, N. 1378 ff., insb. N. 1380; vgl. auch OGer ZH NP140006 vom 1.7.2014, in ZR 2014 S. 275 E. 3.2.2). Ob das Freie Gymnasium Bern hoheitlich oder privatrechtlich handelt, ergibt sich aus dem MiSG. Dieses regelt unter anderem die Organisation der kantonalen Mittelschulen und die Rechte und Pflichten der Schülerinnen und Schüler sowie deren Eltern (Art. 33-47 MiSG). Demnach werden die kantonalen Mittelschulen durch Schulleitungen geführt (Art. 34 MiSG). Zusätzlich setzt die ERZ für jede Mittelschule Schulkommissionen ein und ernennt deren Mitglieder. Dabei kann sie die gleiche Schulkommission für mehrere Mittelschulen einsetzen. Aufgabe der Schulkommission ist insbesondere der Erlass der Schulreglemente, welche von der ERZ genehmigt werden (Art. 36 MiSG). Weiter sind in Art. 42-44 MiSG die Disziplinarmassnahmen geregelt, wobei für das erste gymnasiale Ausbildungsjahr auf die

Bestimmungen der Volksschulgesetzgebung verwiesen wird. Diese sieht als strengste Massnahme vor, dass die Schulkommission Schülerinnen und Schüler für höchstens zwölf Schulwochen pro Schuljahr von der Schule ausschliessen darf (Art. 42 Abs. 1 MiSG i.V.m. Art. 28 Abs. 5 VSG). Diese Bestimmungen stehen jedoch im 2. Kapitel «Kantonale Bildungsangebote», Abschnitt 2.5 «Kantonale Mittelschulen», und sind mithin nicht auf die privaten Anbieter gymnasialer Bildungsgänge anwendbar. Auch in der übrigen Volks- und Mittelschulgesetzgebung fehlen Bestimmungen, welche das Verhältnis zwischen privaten Anbietern gymnasialer Bildungsgänge und ihren Schülerinnen und Schülern bzw. den Eltern regeln oder den Privatschulen die Kompetenz zum Erlass entsprechender öffentlich-rechtlicher Normen delegieren und die Genehmigung solcher Reglemente vorsehen. Entsprechend wurden die Reglemente des Freien Gymnasiums Bern nicht von einer von der ERZ eingesetzten Schulkommission, sondern vom Vorstand des gleichnamigen Vereins erlassen und nicht von der ERZ genehmigt (Organisationsreglement fgb vom 19. Oktober 2017 und Disziplinarordnung fgb vom 19. Juni 2000).

Indem der Gesetzgeber das Verhältnis zwischen privaten Anbietern gymnasialer Bildungsgänge und ihren Schülerinnen und Schülern bzw. den Eltern nicht (öffentlich-rechtlich) geregelt hat, hat er implizit bzw. durch qualifiziertes Schweigen festgelegt, dass dieses Verhältnis privatrechtlicher Natur ist. Dabei hat die Privatschule eine bestimmte Freiheit, wie sie dieses Verhältnis inhaltlich ausgestalten will. So kann sie beispielsweise im Rahmen ihrer pädagogischen Freiheit (vgl. Stöckli/Piolino, a.a.O., S. 44; vgl. auch Markus Rüssli, a.a.O., S. 37) selber entscheiden, wie die Disziplinarordnung ausgestaltet wird.

2.6 Die grundsätzlich privatrechtliche Rechtsnatur des Verhältnisses zwischen dem privaten Anbieter eines gymnasialen Bildungsgangs und den Schülerinnen und Schülern wird durch Art. 69 der Mittelschuldirektionsverordnung vom 16. Juni 2017 (MiSDV; BSG 433.121.1) nicht in Frage gestellt, sondern vielmehr bestätigt: Die Bestimmung ermächtigt und verpflichtet die Schulleitungen von Mittelschulen privater Anbieter, die Erfahrungsnoten vor Beginn der Maturitätsprüfungen durch Verfügung festzulegen. Sie bezweckt offensichtlich, die Schülerinnen und Schüler an Mittelschulen privater Anbieter, deren Schulleitungen grundsätzlich keine hoheitlichen Befugnisse zukommen, hinsichtlich der Anfechtbarkeit von Erfahrungsnoten (dazu BVR 2013 S. 311 E. 4.2) den Schülerinnen und Schülern an kantonalen Mittelschulen

gleichzustellen. Dabei kann im vorliegenden Verfahren dahingestellt bleiben, ob Privaten durch Regelung auf Stufe Direktionsverordnung überhaupt rechtsgültig Verfügungsbefugnisse übertragen werden können (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). Die Regelung gemäss Art. 69 MiSDV spricht nicht gegen die privatrechtliche Qualifizierung des Rechtsverhältnisses zwischen Schulträger und Schülerinnen bzw. Schülern, weil sie einerseits den Ausnahmecharakter des hoheitlichen Handelns des Schulträgers verdeutlicht und andererseits spezifische Regelungen dieser Art typischerweise gegenüber subventionierten Privatschulen erlassen werden können (vgl. Herbert Plotke, a.a.O., S. 76).

2.7 Der Vergleich mit der Situation von privaten Anbietern überbetrieblicher Kurse in der Berufsbildung kann den bisherigen Befund verdeutlichen: Deren Rechtsverhältnis zu den Lehrbetrieben ist inhaltlich durch das Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung (BBG; SR 412.10) und das kantonale Gesetz vom 14. Juni 2005 über die Berufsbildung, die Weiterbildung und die Berufsberatung (BerG; BSG 435.11) normiert. So ist beispielsweise geregelt, dass und in welcher Höhe die privaten Anbieter von den Lehrbetrieben eine angemessene Beteiligung an den Kosten verlangen dürfen (Art. 23 Abs. 4 BBG; Art. 21 Abs. 2 und 3 der Verordnung vom 19. November 2003 über die Berufsbildung [Berufsbildungsverordnung, BBV; SR 412.101]; vgl. BVR 2013 S. 365 E. 4.3.2). Weiter wurde den privaten Anbietern die Kompetenz zum Erlass eigener Vorschriften delegiert, wobei die Vorschriften vom Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation genehmigt werden müssen (Art. 28 Abs. 2 BBG; Art. 26 BBV). Zudem sieht sowohl das Bundes- als auch das kantonale Recht die Anfechtbarkeit von Verfügungen privater Anbieter vor (Art. 61 Abs. 1 Bst. a BBG; Art. 35 Abs. 1 BerG). Gestützt darauf hat das Verwaltungsgericht das Rechtsverhältnis zwischen dem privaten Berufsverband, welcher diese überbetrieblichen Kurse angeboten hat, und einem Lehrbetrieb, dessen Lernende die Kurse besuchten, als öffentlich-rechtlich qualifiziert (BVR 2013 S. 365 E. 2 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

2.8 Wie dargelegt ist keine Aufgabenübertragung im MiSG erkennbar. Ebenso wenig bietet das MiSG Anhaltspunkte, dass das Rechtsverhältnis zwischen privaten Anbietern gymnasialer Bildungsgänge und den Schülerinnen und Schülern öffentlich-rechtlich geregelt ist (vorne E. 2.3-2.6). Dieses bestimmt

sich folglich nach dem zwischen den Parteien geschlossenen privatrechtlichen Unterrichtsvertrag. Bei diesem Vertrag handelt es sich um einen Innominatvertrag, auf welchen schwergewichtig Auftragsrecht anwendbar ist (vgl. BGer 4A_237/2008 vom 29.7.2008 E. 3.2, 4C.257/2002 vom 28.8.2003 E. 4.1; KGer SG BZ.2007.8 vom 27.8.2008 E. III/1). Zwar ist fraglich, ob bzw. mit welchen Erfolgschancen gestützt auf den Unterrichtsvertrag oder allenfalls auf Persönlichkeitsrecht (Art. 28 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]) gegen einen Verweis vorgegangen werden kann (zu privatrechtlichen schuldisziplinarischen Massnahmen vgl. Roland Jost-von Arx, *Der Unterrichtsvertrag*, Diss. Zürich 2008, S. 284 ff.). Ebenso ist fraglich, ob nach Privatrecht der Verweis nicht vorerst verbindlich von der Schulkommission ausgesprochen werden muss (vgl. vorne Bst. B). Beide Fragen haben jedoch keine Auswirkungen auf die privatrechtliche Natur des Rechtsverhältnisses und die damit verbundene Frage der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Verwaltungs- und Zivilrechtspflege.

3.

3.1 Nach dem Erwogenen ist die Zuständigkeit der Verwaltungsjustizbehörden in vorliegender Streitsache zu verneinen, jene der Zivilgerichte hingegen zu bejahen, was das Obergericht im Rahmen des Meinungsaustauschs anerkannt hat. Das Obergericht hält dabei fest, dass seines Erachtens das Rechtsmittel gegen die Disziplinarmassnahme, auf welches der Rektor verweist, das korrekte sei (vorne Bst. D). In der Tat ist die vereinsinterne Willensbildung über die materielle Begründetheit des Verweises nach der zivilrechtlichen Disziplinarordnung des Freien Gymnasiums Bern noch nicht abgeschlossen (vgl. Ziff. 2.5, 3.3 und 4.1 der Disziplinarordnung; vorne Bst. A und B). Das Obergericht wird die insoweit erforderlichen Vorkehren treffen.

3.2 Die ERZ wurde als untere Verwaltungsjustizbehörde mit dem vorliegenden Rechtsstreit befasst (Art. 6 VRPG). Sie hätte unter den konkreten Gegebenheiten – Frage der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Verwaltungs- und Zivilrechtspflege – nicht einen Nichteintretensentscheid treffen dürfen. Vielmehr hätte sie gemäss dem Vorbehalt im zweiten Teilsatz von Art. 6 Abs. 2 VRPG die Akten gestützt auf Art. 8 Abs. 2 VRPG zum Entscheid über die Zuständigkeit an das Verwaltungsgericht weiterleiten müssen. Der Entscheid der ERZ vom 20. September 2018 ist daher (samt Kostenschluss) wegen offensichtlicher Unzuständigkeit gemäss Art. 40 Abs. 2 VRPG zu kassieren.

4.

Die Beschwerdeführerin stellt nebst ihrem Hauptbegehren in der Sache den Antrag, die ERZ sei anzuweisen, aufsichtsrechtliche Massnahmen gegenüber dem Freien Gymnasium Bern zu prüfen (vgl. vorne Bst. C). Insoweit sind öffentlich-rechtliche Vorgehren angesprochen, weshalb das Verwaltungsgericht grundsätzlich zuständig ist. Das Verwaltungsgericht beurteilt im nachträglichen Anfechtungsstreit allerdings einzig Rechtsstreite im Sinn von Art. 74 ff. VRPG. Es ist hingegen nicht Aufsichtsbehörde über die Organe der kantonalen Verwaltung und hat diesen keine aufsichtsrechtlichen Weisungen zu erteilen; diese Funktion obliegt dem Regierungsrat (vgl. Art. 87 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]). Auf die Beschwerde ist daher in Bezug auf diesen Antrag nicht einzutreten, soweit darin überhaupt ein selbständiges Begehren zu sehen ist. Der Beschwerdeführerin bzw. deren Eltern ist es unbenommen, der ERZ allfällige ihres Erachtens aufsichtsrelevante Vorkommnisse im Freien Gymnasium Bern anzuzeigen (vgl. Art. 70 Abs. 3 Bst. e MiSG und Art. 101 VRPG) bzw. den Regierungsrat anzugehen, falls die ERZ ihres Erachtens ungerechtfertigterweise untätig bleibt.

5.

5.1 Zusammenfassend ist die Zuständigkeit der Verwaltungsjustizbehörden zur Beurteilung der strittigen Disziplinar-massnahme zu verneinen und diejenige der Zivilgerichte zu bejahen. Die Akten sind nach Art. 8 Abs. 1 VRPG zum Entscheid über die Zuständigkeit dem Obergericht zuzustellen. Der Entscheid der ERZ ist zu kassieren. Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten, soweit aufsichtsrechtliche Massnahmen beantragt sind.

[...]

Anmerkung der Redaktion: Im Anschluss an die Eröffnung dieses Urteils wurde die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zurückgezogen, bevor das Obergericht seinerseits die Zuständigkeit der Zivilgerichte im Streit um den schuldisziplinarischen Verweis förmlich festgestellt hatte. Das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren wurde daher insoweit als gegenstandslos vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben (Verfügung im Verfahren 100.2018.342 vom 3. 6. 2019), ebenso schrieb das Obergericht das Kompetenzkonfliktverfahren infolge Gegenstandslosigkeit ab (GL 19 125 vom 12. 6. 2019).

Bemerkungen

1. Das vorliegende Urteil macht exemplarisch die Schwierigkeiten deutlich, die dadurch entstehen, dass unsere Rechtsordnung auch dort eindeutige Zuordnungen verlangt und damit zu einem «Schwarz-Weiss-Denken» zwingt, wo die Realität nur Grauschattierungen kennt. Zu diesen vom Recht verlangten Zuordnungen gehört die kategorische Aufteilung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. Man mag diese Unterscheidung theoretisch als problematisch und in der Praxis als mühsam empfinden, doch ist sie in der kontinentaleuropäischen Rechtstradition und im positiven Recht verankert. Die Grenzziehung ist nicht nur im materiellen Recht von Bedeutung, sondern hat gerade auch im Organisations- und Verfahrensrecht weitreichende Folgen. Um diese geht es im vorliegenden Fall: Steht gegen die Disziplinar massnahme, die von einer staatlich anerkannten und geförderten Privatschule angeordnet wurde, der zivilrechtliche Klageweg oder der verwaltungsrechtliche Beschwer deweg offen? Die Trägerschaft der Schule ist ein privatrechtlicher Verein, die Schülerinnen und Schüler bzw. ihre Eltern sind natürliche Personen des Privatrechts und auch das sie verbindende Rechtsverhältnis ist durch den Unterrichtsvertrag privatrechtlicher Natur. Gleichzeitig haben sich aber auch Privatschulen an zahlreiche Vorgaben des öffentlichen Rechts zu halten. Um staatlich anerkannt zu werden, müssen sich private Gymnasien etwa am kantonalen Lehrplan orientieren und ihre Maturitätsprüfungen sind unter Verantwortung der kantonalen Maturitätskommission durchzuführen (Art. 48 Abs. 1 Bst. b und e MiSG). Der Anteil der staatlichen Finanzierung über Beiträge kann bis zu 60 Prozent der entsprechenden kantonalen Bildungsangebote erreichen (Art. 49 Abs. 4 MiSG). Die Schülerinnen und Schüler befinden sich sodann gegenüber den Lehrkräften und der Schulleitung in einem Subordinationsverhältnis, was Ausdruck in zahlreichen Ordnungen und Reglementen findet, etwa einer Disziplinarordnung, einem «Dresscode» oder einer Hausordnung (vgl. unter <www.fgb.ch>, unter «Download» und dort unter «Reglemente, Ordnungen»). Zumindest aus Sicht der Lernenden dürfte sich der Schulalltag damit kaum von demjenigen an einem staatlichen Gymnasium unterscheiden.

2. Wo staatliche und private Aufgabenerfüllung eng ineinander verzahnt sind, ist der Gesetzgeber gut beraten, wenn er für die zentralen Fragen des materiellen Rechts, des Verfahrensrechts und des Organisationsrechts klare Zuordnungen zum Privatrecht oder zum öffentlichen Recht vornimmt. So lassen

sich unfruchtbare Streitigkeiten wie die vorliegende vermeiden. Für eine wichtige materiell-rechtliche Frage hat dies der Gesetzgeber denn auch getan, indem er staatlich anerkannte Privatschulen dazu verpflichtet, «die Grundrechte der Schülerinnen und Schüler [zu] wahren» (Art. 48 Abs. 1 Bst. c MiSG). Während das Berufsbildungsgesetz des Bundes auch den Rechtsschutz gegen Entscheidungen privater Anbieter regelt (vgl. Art. 61 BBG), beschränkt sich das bernische Mittelschulgesetz in Art. 68 darauf, auf die allgemeinen Grundsätze der Verwaltungsrechtspflege zu verweisen bzw. diese zu konkretisieren. Der Rechtsschutz gegen Anordnungen von Privatschulen wird nicht ausdrücklich geregelt. Wo eine klare gesetzliche Vorgabe fehlt, sind die Verwaltungs- und Justizbehörden im Rahmen ihrer Zuständigkeitsprüfung von Amtes verpflichtet, selber eine Zuordnung vorzunehmen (vgl. Art. 5 ff. VRPG). Als Orientierungshilfe hat die Lehre verschiedene Theorien zur Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht entwickelt (z.B. Interessen-, Funktions-, Subordinationstheorie sowie modale Theorie), wobei sich keine als allein massgebend durchsetzen konnte (vgl. Pierre Moor/Alexandre Flückiger/Vincent Martenet, *Droit administratif*, Volume I, 3. Aufl. 2012, S. 95 ff.; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Marcus Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl. 2014, § 18 Rn. 4). Vielmehr pflegen die Gerichte einen Methodenpluralismus und prüfen in jedem Einzelfall, welches Abgrenzungskriterium den konkreten Gegebenheiten am besten gerecht wird. Damit tragen sie dem Umstand Rechnung, dass der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht ganz verschiedene Funktionen zukommen, die sich nicht mit einem einzigen theoretischen Unterscheidungsmerkmal erfassen lassen (BGE 138 I 274 E. 1.2 S. 277).

3. Das Verwaltungsgericht lässt sich vorliegend von der Funktionstheorie leiten, indem es prüft, ob der Verein Freies Gymnasium Bern mit der Führung des ersten gymnasialen Ausbildungsjahrs eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt (E. 2.1). Dieser methodische Ansatz überzeugt mit Blick auf die Frage der Zuständigkeit, stellt doch auch der (erweiterte) Behördenbegriff des Verwaltungsrechtspflegegesetzes darauf ab, ob Private «in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben» tätig werden (Art. 2 Abs. 1 Bst. c VRPG). Das Gericht verneint eine solche Aufgabenübertragung, da die Privatschule ihre Aufgaben frei gewählt habe, sie gegenüber dem Staat keine Erfüllungspflicht treffe und das private Lehrangebot nicht an Stelle, sondern ergänzend zu den gymnasialen Lehrangeboten staatlicher Schulen erfolge

(E. 2.3 und 2.4). Zusätzlich macht das Verwaltungsgericht einen modalen Ansatz fruchtbar, indem es darlegt, dass die umstrittene Anordnung keine öffentlich-rechtliche Disziplinarmaßnahme nach Art. 42-44 MiSG sei, sondern ihre Grundlage im privatrechtlichen Verhältnis zwischen Schule, Lernenden und Eltern habe (E. 2.6). Die Interessen- und Subordinationstheorien prüft das Verwaltungsgericht nicht weiter, da sie vorliegend nicht zielführend sind. Die Aufrechterhaltung der Schuldisziplin liegt sowohl im Privatinteresse der Schule, wie – vorliegend – auch im öffentlichen Interesse der Alkoholprävention. Auch die Subordinationstheorie hilft nicht weiter, da hier zwar ein Subordinationsverhältnis besteht, dieses aber nicht zwischen Staat und Privatperson errichtet wurde, sondern zwischen zwei Privaten.

4. Die Argumentation des Verwaltungsgerichts ist überzeugend. Denn würde man jede private Tätigkeit, welche in einem stark regulierten Umfeld erfolgt und mit staatlichen Beiträgen finanziert wird, der Verwaltungsrechtspflege zuweisen, würden zahllose Privatrechtsverhältnisse von der Verwaltung oder Verwaltungsjustiz beurteilt. Gerade im vorliegenden Fall wäre es kaum sinnvoll, eine Disziplinarmaßnahme, welche ihre Grundlage in einem Privatrechtsverhältnis hat, durch ein Verwaltungsgericht prüfen zu lassen. Erhellend ist in diesem Kontext auch ein kurzer Blick in die Geschichte des Freien Gymnasiums. Denn dieser zeigt, dass gerade die eigenständige Disziplinarordnung ein zentrales Motiv für die Gründung der Privatschule war. Ins Leben gerufen wurde die Schule im Jahr 1859 vom christlich-konservativen Theodor von Lerber (1823–1901). Sein Ziel war es, die Erziehung der Zöglinge vom Einfluss des zunehmend liberal und säkular geprägten Staats zu befreien und die Knaben zu einem sittsam-christlichen Lebenswandel anzuhalten (Mädchen wurden erstmals 1901 zugelassen). Lerber entstammte dem gleichen pietistischen Milieu, in dessen Umfeld nach 1877 die internationale Blaukreuzbewegung entstand. Zu den zentralen Tugenden gehörten für Lerber Sitte und Enthaltensamkeit: «Studentisches Wesen, unbeschränkten Biergenuss, Pietätlosigkeit gegen Lehrer, nächtliches Umherschwärmen dulden wir nicht. Als christliche Schule müssen wir uns aus allen Kräften gegen die Macht des Zeitgeistes stellen. Ist es doch bald dahin gekommen, dass bisweilen auch in honetten Kreisen ohne Bier und Tabak kein menschenwürdiges Dasein mehr denkbar scheint.» (Theodor von Lerber, zitiert nach Benedikt Bietenhard, 150 Jahre Schulgeschichte, in: Benedikt Bietenhard/Christoph Grädel [Hrsg.], Das Jubiläumsbuch, 2009, S. 12 ff., 22). Das Zitat mag

aus heutiger Sicht altbacken wirken. Es zeigt aber eindrücklich, dass ein eigenständiges Disziplinarwesen zentrales Motiv für den unabhängigen Status der Schule war. Das Bestreben um Bewahrung von Privatautonomie kommt bis heute im Namen «Freies» Gymnasium zum Ausdruck. Und die Statuten des Schulvereins erinnern in Art. 2 Abs. 1 bis heute an den Gründer der Schule und weisen auf ihre «evangelisch-reformierte Grundlage» hin. Auch wenn das heutige Disziplinarwesen am Freien Gymnasium kaum mehr direkt mit einem christlichem Lebenswandel in Verbindung gebracht werden dürfte, ist die Disziplinordnung noch heute Ausdruck einer bestimmten Vorstellung davon, wie eine Schulgemeinschaft gelebt und geordnet werden soll. Insofern ist es gerechtfertigt, diesen Bereich nur begrenzt der Aufsicht der Erziehungsdirektion zu unterstellen und damit auch kein entsprechendes Beschwerderecht einzuräumen.

5. Auch wenn das Urteil des Verwaltungsgerichts vom Ergebnis wie von der Begründung her zu überzeugen vermag, bleibt ein schaler Nachgeschmack zurück. Denn wie das Verwaltungsgericht selber darlegt, dürfte die Zivilklage gegen eine disziplinarische Anordnung kaum wirksamen Rechtsschutz bieten (E. 2.8). Lerber wäre dies wohl recht gewesen und noch heute sind Stimmen zu hören, welche sich gegen die Macht des Zeitgeists stemmen und vor einer Verrechtlichung des Bildungswesens warnen (vgl. etwa Paul Richli, Fragwürdige Verrechtlichung des Bildungswesens, in: Markus Rüssli et al. [Hrsg.], Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, 2012, S. 247 ff.). Dem ist entgegen zu halten, dass der Rechtsschutz seit Mitte des 19. Jahrhunderts praktisch flächendeckend ausgebaut wurde und auch die verfassungsrechtlichen Anforderungen gestiegen sind (vgl. Art. 26 Abs. 1 KV, Art. 29a BV). Dies gilt auch für private Einrichtungen, wo es inzwischen Ausdruck guter Unternehmensführung ist, interne Beschwerdedienste oder Ombudsstellen einzurichten und so den Zivilgerichten einen internen Konfliktlösungsmechanismus vorzuschalten. Zwar können die vom Rektor angeordneten schriftlichen Verweise schon heute bei der Schulkommission des Freien Gymnasiums mittels Beschwerde angefochten werden (Ziff. 4.1 Disziplinordnung). Dieses Organ dürfte aus Sicht der Betroffenen aber kaum Gewähr für eine unparteiische Überprüfung bieten, gehören ihm doch die beiden Prorektorinnen oder Prorektoren sowie zwei Vertretungen der Lehrerschaft an (Abschnitt II, Ziff. 9 des Organisationsreglements vom 19. Oktober 2017). Und der Rektor selber ist während der Beratung der

Beschwerde anwesend – er hat sich lediglich der Stimme zu enthalten (Abschnitt I, Ziff. 5, Bst. c Organisationsreglement). Den heutigen Ansprüchen von Seiten der Lernenden und der Eltern vermag dieser Rechtsschutz kaum mehr zu genügen – gerade im Vergleich zu den Rechtsschutzmöglichkeiten an staatlichen Bildungseinrichtungen. Die Schule könnte dieser geänderten Erwartungshaltung Rechnung tragen, indem sie eine interne, aber personell weitgehend unabhängige Rekurskommission oder Ombudsstelle einsetzt. Damit liesse sich eine wirksame Streitschlichtung sicherstellen, die Vertraulichkeit wahrt und zugleich die Autonomie der Schule aufrechterhält. Damit wäre allen gedient: Den Lernenden, den Eltern und der Schule, die ihre Freiheit hochhält.

Prof. Dr. Benjamin Schindler, St. Gallen/Speicher