



Fall-Nr.: K 2015/6
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 15.08.2017
Entscheiddatum: 15.08.2017

Entscheid Verwaltungsgericht, 15.08.2017

Personalrecht, Verfahren, Vertragsqualifikation, Art. 5 Abs. 1 BV, Art. 6 Abs. 1 ZGB, Art. 275, Art. 319 Abs. 1, Art. 342 Abs. 1 lit. a OR, Art. 10 Abs. 1, 16 Abs. 2 lit. a SuG, Art. 79 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 76 aVRP, Art. 6 MSG/ Art. 6 Abs. 1 aMSG, Art. 1 und Art. 107 PersG. Intertemporalrechtlich bestimmt sich die Zuständigkeit nach dem Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens (E. 1.1). Die Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichts ergibt sich nicht bereits aus den klägerischen Vorbringen selbst. In Bezug auf die Prüfung der sachlichen Zuständigkeit ist davon auszugehen, dass es sich beim strittigen Vertragsverhältnis zwischen den Parteien (sog. doppelrelevante Tatsache) gemäss den Behauptungen des Klägers um einen öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrag handelt (E. 1.2). Voraussetzungen für den Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrages bejaht (E. 3.1). Verpflichtet sich der Staat, wie hier, vertraglich öffentliche Beiträge auszurichten, sind entsprechende Verträge als öffentlich-rechtlich und nicht als privatrechtlich zu qualifizieren (E. 3.2). Das strittige Rechtsverhältnis über die Führung des Mensabetriebs ist als öffentlich-rechtlicher Subventionsvertrag zu qualifizieren, welcher mit einem Teilpachtverhältnis verbunden wurde. Für den Beklagten bestand folglich keine gesetzliche Pflicht, den Vertrag als öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis auszugestalten (E. 3.3 f.), (Verwaltungsgericht, K 2015/6). Die gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde ans Bundesgericht wurde mit Urteil vom 4. Januar 2018 abgewiesen (Verfahren 8C_649/2017).

Besetzung

Abteilungspräsident Zürn; Verwaltungsrichterin Reiter, Verwaltungsrichter Zogg;
Gerichtsschreiber Bischofberger



St.Galler Gerichte

Verfahrensbeteiligte

A.Y.,

Kläger,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Kurt Gemperli, Scheffelstrasse 2, 9000 St. Gallen,

gegen

Kanton St. Gallen, vertreten durch Bildungsdepartement des Kantons St. Gallen,
Davidstrasse 31, 9001 St. Gallen,

Beklagter,

Gegenstand

Forderung aus Arbeitsverhältnis

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A. A.Y. und seine Ehefrau B.Y. führten zwischen dem 1. April 2004 und dem 31. März 2015 selbständig auf der Basis einer als Pachtvertrag bezeichneten Vereinbarung mit dem Kanton St. Gallen vom 18. November 2003 die im Jahr 2004 eröffnete Mensa im Neubau (Schulgebäude Süd) der Kantonsschule X. (act. 2/8-11, 29 und 62, act. 9/1), einer staatlichen Mittelschule nach Art. 4 Abs. 1 lit. a des Mittelschulgesetzes (Fassung vom 29. November 2011, nGS 47-38, sGS 215.1, MSG). Dafür wurden ihnen vom Staat zwischen 2005 und 2014 öffentliche Betriebsbeiträge in der Höhe zwischen CHF 32'000 und CHF 34'800 jährlich ausgerichtet (act. 2/36b-3636l, Position 3410, Erlöse Sockelgeld Stiftung Q., act. 1, S. 9 Ziff. III/A/8 in



fine). Zusätzlich wurden ihnen vom Staat im Rahmen einer Vertragsergänzung am 28. April 2010 (act. 2/29) nachträglich Finanzhilfen im Betrag von CHF 15'584.60 und CHF 26'510.90 für den Kauf von Verpflegungsautomaten gewährt. Weil sich bereits ab 2005 jeweils negative Geschäftsergebnisse (Reinverlust von insgesamt CHF -191'764.62 in den Jahren 2009-2014) einstellten (act. 2/36a-36l), wurden an den Sitzungen der Mensakommission vom 2. März 2005, 17. Juni 2009, 13. September 2011 und 2. Mai 2014 Preisanpassungen beschlossen (act. 2/16, 20 und 51, act. 9/3 und 8). Im April 2014 verfasste K.S., Betriebsökonom HWV FH, im Auftrag des Rektors der Kantonsschule ein Gutachten zum Betrieb der Mensa (fortan: Gutachten, act. 2/44).

B. Am 26. August 2014 machte A.Y. gegenüber dem Amt für Mittelschule Ansprüche aus dem Vertrag vom 18. November 2003/28. April 2010 im Betrag von CHF 376'000 geltend (act. 2/56). Am 21. November 2014 wurde A.Y. und B.Y. von Regierungsrat Stefan Kölliker Verzicht auf die Verjährungseinrede bis 31. Juli 2015 erklärt, soweit die Verjährung bis 1. September 2014 noch nicht eingetreten sei (act. 2/64). Am 8. September 2015 führte die Schlichtungsstelle in Personalsachen des Kantons St. Gallen eine Verständigungsverhandlung durch (Schlichtungsbegehren nach der Abtretung von B.Y. vom 7./8. September 2015, act. 2/66, gleichlautend wie Rechtsbegehren im vorliegenden Klageverfahren, vgl. lit. B hiernach), an welcher keine Einigung erzielt werden konnte (act. 3).

C. Am 16. September 2015 erhob A.Y. (Kläger) Klage beim Verwaltungsgericht mit dem Rechtsbegehren, der Kanton St. Gallen (Beklagter) sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu verpflichten, ihm CHF 230'000 brutto nebst Zins zu 5 % seit 26. August 2014 zu bezahlen (act. 1). Mit Vernehmlassung vom 21. Oktober 2015 beantragte der Beklagte, es sei die Klage abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (act. 8). Mit Replik vom 12. Februar 2016 bestätigte der Kläger seine Anträge und Ausführungen (act. 17). Am 7. März 2016 duplizierte der Beklagte unter Festhalten an seinen Anträgen (act. 20).

Auf die Ausführungen des Klägers und des Beklagten zur Begründung ihrer Anträge und die Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.



Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1. Die Klagevoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen (vgl. Art. 60 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zivilprozessordnung; SR 272, ZPO, analog, und hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit Art. 80 und Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, Fassung vom 31. Januar 2017, nGS 2017-032, sGS 951.1, VRP, sowie Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 469).

1.1. Die Klage wurde am 16. September 2015 eingereicht (act. 1) und war damit im Zeitpunkt des Inkrafttretens der revidierten Bestimmungen zur Zuständigkeit in öffentlich-rechtlichen Klagefällen, insbesondere in personalrechtlichen Streitigkeiten, hängig (vgl. Art. 71e, Art. 71g und Art. 79 ff. VRP und Art. 78 Abs. 1 und Art. 81^{bis} des Personalgesetz, sGS 143.1, PersG, Fassung vom 31. Januar 2017, nGS 2017-032). Damit stellt sich die Frage, welches Verfahrensrecht in intertemporaler Hinsicht Anwendung findet. Eine entsprechende übergangsrechtliche Regelung ist in den revidierten VRP- und PersG-Bestimmungen vom 31. Januar 2017 nicht enthalten. Eine solche findet sich aber in der Übergangsbestimmung Ziff. III/1 des V. Nachtrags zum VRP vom 23. Januar 2007 (nGS 42-55) sowie in Art. 133 Abs. 1 VRP und Art. 110 Abs. 2 PersG. Danach schliesst die nach bisherigem Recht zuständige Instanz Verfahren, die bei Vollzugsbeginn bei ihr hängig sind, nach bisherigem Recht ab (vgl. Botschaft und Entwurf der Regierung vom 28. Februar 2006, ABI 2006 S. 819 ff., S. 846). Gemeint sind damit insbesondere Verfahren vor dem Verwaltungsgericht (vgl. Botschaft und Entwurf der Regierung zum Personalgesetz vom 27. April 2010, ABI 2010 S. 1585 ff. [fortan: Botschaft], S. 1657, in Bezug auf Art. 111 des damaligen Entwurfs). Demzufolge sind im vorliegenden Fall in verfahrensrechtlicher Hinsicht die Normen im VRP und im PersG in der Fassung vom 25. Januar 2011 (aVRP resp. aPersG, nGS 47-31) massgebend (vgl. hierzu auch A. Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, in: ZSR 102/1983 II, S. 101 ff., S. 222 f.).

1.2. Hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit (Art. 79 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 76 aVRP) ist gemäss einem allgemeinen prozessrechtlichen Grundsatz (vgl. hierzu M. Bertschi, Auf der Suche nach dem einschlägigen Recht im öffentlichen Personalrecht, in: ZBI 105/2004 S. 617 ff., S. 626 f., und T. Poledna, Annäherung ans



Obligationenrecht, in: Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 209 ff., S. 235) primär auf den vom Kläger eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen. Daran ändert nichts, dass die verwaltungsrechtliche Kompetenzordnung zwingender Natur ist und durch Vereinbarungen der Beteiligten nicht geändert werden kann (vgl. Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101, BV, Art. 6 Abs. 1 aVRP und Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 466 ff.). Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts hängt von der gestellten Frage ab, nicht von deren Beantwortung, die im Rahmen der materiellen Prüfung zu erfolgen hat. Die vom Kläger behaupteten Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich sind (sog. doppelrelevante Tatsachen), sind für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen. Sie werden erst im Rahmen der materiell-rechtlichen Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht; diesbezügliche Einwände der Gegenpartei sind im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung unbeachtlich. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheint und durch die Klageantwort sowie die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden kann (vgl. BGE 142 II 154 E. 1.1 mit Hinweis auf BGer 8C_227/2014 vom 18. Februar 2015 E. 2.1, in: Pra 105 (2016) Nr. 98, und BGer 4A_522/2014 vom 18. März 2015 E. 2.1 mit Hinweisen auf BGE 137 III 32 E. 2.2 f., BGer 4A_407/2011 vom 5. Dezember 2011 E. 2.1, BGE 122 III 249 E. 3b/cc sowie GVP 2007 Nr. 69 und Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 478).

Dem Leistungsbegehren des Klägers auf Lohnnachzahlung im Betrag von CHF 230'000 liegt zu Grunde, dass seiner Auffassung nach (act. 1, S. 2 Ziff. II/1, S. 15 Ziff. III/B/3, act. 17, S. 2 ff. Ziff. III) auf das Rechtsverhältnis vom 18. November 2003/28. April 2010 (act. 2/10 f. und 29) von Gesetzes wegen die Bestimmungen des kantonalen Personalrechts Anwendung finden müssten. Er und seine Ehefrau hätten Anspruch darauf, nachträglich so gestellt zu werden, wie wenn der Beklagte von Anfang an ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis, allenfalls verbunden mit einem Pachtverhältnis (kein gemischter Vertrag), begründet hätte. Anhaltspunkte dafür, dass diese Argumentation von vornherein nicht in Betracht fällt resp. sich die Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichts bereits aus den klägerischen Vorbringen selbst ergibt, sind nicht ersichtlich und werden vom Beklagten auch nicht dargetan. In Bezug auf die Prüfung der sachlichen Zuständigkeit ist demnach davon auszugehen, dass es sich beim



strittigen Vertragsverhältnis zwischen den Parteien gemäss den Behauptungen des Klägers um einen öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrag handelt. Ob das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien tatsächlich als öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist, wird sich erst aus der anschliessend vorzunehmenden materiellen Beurteilung ergeben (vgl. E. 3 hiernach). Soweit der Beklagte in diesem Zusammenhang auf Nichteintreten schliesst (act. 8, S. 4 Ziff. 2e in fine, act. 20, S. 1), vermag er den klägerischen Tatsachenvortrag nicht unmittelbar und eindeutig zu widerlegen. Seine Einwände, wonach eine Pacht mit gewissen Besonderheiten vorliege (act. 8, act. 20), sind im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung unbeachtlich.

1.3. Das Verfahren vor der Schlichtungsstelle in Personalsachen ist gescheitert (act. 3), was als Ablehnung gemäss Art. 80 Abs. 2 Satz 1 aVRP zu werten ist (vgl. VerwGE K 2015/4 vom 30. Mai 2017 E. 1 mit Hinweis auf VerwGE K 2015/1; K 2015/2 vom 27. September 2016 E. 2.2.2 mit Hinweisen, www.gerichte.sg.ch, siehe auch Art. 83, Art. 85 bis 88 aPersG sowie Art. 151 ff. der Personalverordnung, sGS 143.11, PersV). Die Klage vom 16. September 2015 (act. 1) wurde rechtzeitig eingereicht (Art. 81 aPersG) und entspricht formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 80 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 64 und Art. 48 Abs. 1 aVRP). Die Legitimation als Sachurteilungsvoraussetzung eines Anfechtungsverfahrens (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 aVRP) ist keine Prozessvoraussetzung im Klageverfahren (vgl. VerwGE K 2015/4 vom 30. Mai 2017 E. 1 mit Hinweis auf VerwGE K 2014/3 vom 27. April 2016 E. 1 mit Hinweisen, a.a.O., und T. Jaag, in: A. Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, § 83 N 3 f., siehe auch Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO und BGer 5A_9/2015 vom 10. August 2015 E. 4.3 mit Hinweisen sowie B. Müller, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerisches Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 59 Rz. 51 ff.). Auf die Klage ist einzutreten.

2. Der Kläger stellt die Beweisanträge (act. 1, S. 3 Ziff. II/4 f., act. 2 Ziff. II, act 17, S. 5 Ziff. III/A/5c, act. 18, S. IV Ziff. III), es seien sämtliche Mensakommissionsprotokolle und entsprechende Einladungen mitsamt allen zugehörigen Unterlagen durch den Beklagten zu edieren, er und seine Ehefrau seien zu befragen und es seien die Kontodetails und Kassenbelege durch einen Experten zu verifizieren, falls er diese nachreiche. Darauf kann verzichtet werden, da sich die vorliegend entscheidenden



tatsächlichen Verhältnisse aus den Verfahrensakten ergeben (vgl. zur antizipierten Beweiswürdigung BGE 141 I 60 E. 3.3 mit Hinweis auf BGE 136 I 229 E. 5.3 und Waldmann/Bickel, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 29 N 88, sowie G. Steinmann, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Art. 29 N 48).

3. Im Mittelpunkt der Auseinandersetzung steht die Frage, welche gesetzlichen Bestimmungen auf die von den Parteien geschlossene Vereinbarung anwendbar sind. Danach bestimmt sich, ob dem Kläger die geltend gemachten Ansprüche für die Tätigkeit beim Beklagten zustehen.

3.1. Der Staat muss vertraglich handeln dürfen. Ist er zum Verfügungsmässigen Handeln verpflichtet, besteht kein Spielraum für vertragliche Regelungen (vgl. hierzu B. Waldmann, Der verwaltungsrechtliche Vertrag – Eine Einführung, in: Häner/derselbe [Hrsg.], Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Zürich 2007, S. 1 ff., S. 5 Ziff. II/B). Um zu vermeiden, dass das Legalitätsprinzip (vgl. Art. 5 Abs. 1 BV) ausgehöhlt wird, müssen für den Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrages zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Zunächst muss eine kompetenzgemäss erlassene Rechtsnorm den Vertrag vorsehen, dafür Raum lassen oder ihn jedenfalls nicht ausdrücklich ausschliessen; eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung ist nicht erforderlich. Weiter muss der Vertrag nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, die er im Einzelfall konkretisiert, die geeignetere Handlungsform sein als die Verfügung (vgl. BGE 136 I 142 E. 4.1 mit Hinweisen, BGer 2P.136/2005 vom 14. Dezember 2005 E. 3.2 und J. Bickel, Auslegung von Verwaltungsrechtsakten, Bern 2014, § 2 N 60 sowie zur umstrittenen Abgrenzung zwischen verwaltungsrechtlichem Vertrag und [mitwirkungsbedürftiger] Verfügung F. Uhlmann, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 5 N 26; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1288 ff.; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 33 N 4 ff.; Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrecht, Band I, Bern 2012, N 3051 ff.; A. Abegg, Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten, Zürich 2009, S. 23 ff.; A. Mächler, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, Zürich 2005, § 11 N 18 ff.; P. Stadler, Der Vertrauensschutz bei Verträgen des Gemeinwesens mit Privaten, Wallisellen 2005, S. 48 ff.; F. Klein, Die Rechtsfolgen des



St.Galler Gerichte

fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrags, Zürich 2003, S. 15 ff.; und L. S. Brühwiler-Frésey, Verfügung, Vertrag, Realakt und andere verwaltungsrechtliche Handlungssysteme, Bern 1984, N 379 ff.).

Für das Schulwesen sind die Kantone zuständig (Art. 62 Abs. 1 BV). Nach Art. 4 Abs. 1 lit. a MSG resp. dem im Zeitpunkt des Abschlusses der strittigen Vereinbarung am 18. November 2003 (act. 2/10 f.) gültigen Art. 4 Abs. lit. a des Mittelschulgesetzes in der Fassung vom Oktober 2002 (nGS 37-68, aMSG) führt der Staat die Kantonsschule X. Nach Art. 6 MSG bzw. Art. 6 Abs. 1 aMSG kann der Staat Beiträge an den Betrieb von Verpflegungseinrichtungen der Mittelschulen gewähren. Daraus lässt sich ableiten, dass die Ausrichtung von Beiträgen an die Mensabetreiber und damit auch die Führung der Mittelschulmensen durch Dritte einer vertraglichen Abrede zugänglich sind, zumal diese Bestimmung keine festen Beitragssätze enthält, den Mensabetrieb nicht präzise umschreibt und dem Beklagten insofern ein erhebliches Ermessen zusteht (vgl. hierzu Art. 16 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes über Finanzhilfen und Abgeltungen, Subventionsgesetz; SR 616.1, SuG). Kein anderer Schluss drängt sich auf, falls die Führung des Mensabetriebs gemäss den Vorbringen des Klägers (act. 1, S. 2 Ziff. II/1, S. 15 Ziff. III/B/3, act. 17, S. 2 ff. Ziff. III) durch einen öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrag geregelt wurde. Das im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 18. November 2003 gültige kantonale Personalrecht sah zwar grundsätzlich vor, dass die Begründung des Anstellungsverhältnisses auf dem Weg einer Verfügung zu erfolgen hatte. Bei Vorliegen besonderer Umstände war jedoch auch eine Anstellung durch Vertrag möglich (vgl. Art. 86 Abs. 1, Art. 90 f., Art. 92 Abs. 1 und Art. 93 des Staatsverwaltungsgesetzes vom 16. Juni 1994, nGS 29-68, sGS 140.1, aStVG, Art. 6 Abs. 2 und Art. 64 der Verordnung über den Staatsdienst vom 5. März 1996, Fassung vom Dezember 2001, nGS 36-72, sGS 143.20, aVStD, Botschaft, S. 1601 f. sowie GVP 1996 Nr. 63, siehe auch F. Hafner, Rechtsnatur der öffentlichen Dienstverhältnisse, in: Helbling/Poledna [Hrsg.], Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 188 f., und P. Hänni, Personalrecht des Bundes, in: Koller/Müller/Rhinow/Zimmerli [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band I, Organisationsrecht, 2. Aufl. 2004, Rz. 38 f.). Es spricht nichts dagegen und wird von den Parteien auch nicht in Frage gestellt, im konkreten Fall – eine dienstrechtliche Verfügung resp. ein Wahlbeschluss des damaligen Erziehungsdepartements ist nicht aktenkundig – das Vorliegen von besonderen auf die Art des Amtes bezogenen Umständen zu bejahen (vgl.



Staatsverwaltungsgesetz, Botschaft und Entwurf vom 9. März 1993, ABI 1993, S. 758 ff., S. 791 und 795). Demnach besteht für die Parteien – vorbehältlich ihrer Grundrechtsbindung (Art. 35 Abs. 2 BV, vgl. R. J. Schweizer, St. Galler Kommentar BV, 3. Aufl. 2014, Art. 35 N 34 ff.) – im konkreten Fall ein erheblicher (potentieller) Spielraum, welcher nicht durch eine vom Gemeinwesen als bindend erachtete Ordnung eingeengt wird. Wesentliche Punkte des Vertragsinhalts können von den als gleichgestellt zu betrachtenden Parteien verhältnismässig frei gestaltet werden. Im Weiteren entspricht ein Vertrag, welcher neben der Ausrichtung von öffentlichen Beiträgen auch gleich die Führung des Mensabetriebs an der Kantonsschule X. durch einen Privaten regelt, Sinn und Zweck von Art. 6 MSG bzw. Art. 6 Abs. 1 aMSG. Gemäss der Botschaft des Regierungsrates zum Entwurf eines Mittelschulgesetzes vom 11. September 1979 soll der Staat von der Verpflichtung zur Führung derartiger Einrichtungen entbunden werden (vgl. ABI 1979 S. 1537 ff., S. 1565 f., siehe auch XII. Nachtrag zum Mittelschulgesetz, Botschaft und Entwurf der Regierung vom 8. März 2011, ABI 2011 S. 891 ff., S. 919). Dafür erscheint eine vertragliche Regelung im Vergleich zu einer Verfügung die geeignetere. Wesentliche Regelungsgegenstände sowohl der Subventionierung (bspw. Bemessung, Dauer, Folgen der Nichterfüllung, vgl. hierzu Art. 10 Abs. 1 SuG) als auch der Mensaführung (etwa Verlusttragung, Bewirtschaftung) werden in Art. 6 MSG bzw. Art. 6 Abs. 1 aMSG nicht generell-abstrakt und verbindlich normiert, sondern bleiben weitgehend der vertraglichen Disposition überlassen und sind ihrer Natur nach nur schwer einseitig durch Verfügung festlegbar. Damit durften die Parteien die strittige vertragliche Regelung vom 18. November 2003 / 28. April 2010 (act. 2/10 f. und 29) treffen.

3.2. Weiter ist zu untersuchen, ob auf das Vertragsverhältnis vom 18. November 2003/28. April 2010 öffentliches Recht oder Privatrecht Anwendung findet. Die Abgrenzung bundesprivatrechtlicher Streitigkeiten von öffentlich-rechtlichen ist kasuistisch geprägt. Es sind dafür verschiedene Theorien entwickelt worden, deren grundsätzliche Abgrenzungskriterien sich nicht ausschliessen und im konkreten Fall nach ihrer Eignung angewandt werden. In Betracht fällt die auch Subjektionstheorie genannte Subordinationstheorie, die das Gewicht auf die Gleich- oder Unterordnung der Beteiligten bzw. die Ausübung von hoheitlichem Zwang legt. Daneben werden aber auch die Interessen- und Funktionstheorie herangezogen, die danach unterscheiden, ob private oder öffentliche Interessen verfolgt bzw. öffentliche Aufgaben erfüllt werden.



Fehlt es, wie hier, an einer gesetzlichen Regelung über die Rechtsnatur des Vertrages, lässt sich ein verwaltungsrechtlicher Vertrag dadurch charakterisieren, dass er direkt die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Inhalt hat oder dass er einen öffentlich-rechtlich normierten Gegenstand betrifft, wie zum Beispiel Erschliessungen, Enteignungen oder Subventionen. Blosser Hilfsmittel darf sich der Staat durch privatrechtliche Verträge (u.a. Kauf, Werkvertrag, Auftrag) beschaffen (vgl. BGer 4A_116/2010 vom 28. Juni 2010 E. 4.1 f. mit Hinweisen, insbesondere auf BGE 128 III 250 E. 2a f. [siehe dazu auch Bemerkungen von Y. Hangartner, in: AJP 2002, S. 1497 f.], in: ZBGR 93/2012 S. 169 ff., BGer 2C_58/2009 vom 4. Februar 2010 E. 1.2 mit Hinweisen sowie BGE 134 II 297 E. 2.2 und BGE 126 III 431 E. 2c/bb, siehe auch GVP 1995 Nr. 9, VerwGE B 2009/39 vom 22. September 2009 E. 2.1.1 mit Hinweisen, www.gerichte.sg.ch, BGer 2P.285/2002; 2A.583/2002 vom 12. Mai 2013 E. 2.2 und GVP 2007 Nr. 5 mit Hinweisen sowie H. Huber, in: Heier-hayoz, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 1966, Art. 6 N 119 ff.). Die von den Parteien verwendete Rechtsform spielt bei der Abgrenzung keine Rolle. Entscheidend ist der tatsächliche Inhalt des Rechtsverhältnisses (vgl. BGE 142 II 154 E. 5.2 mit Hinweisen, in: Pra 105 [2016] Nr. 98).

Im konkreten Fall besteht zwischen den Parteien kein Subordinationsverhältnis. Der Beklagte konnte den Kläger im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 18. November 2003 kraft hoheitlicher Verfügungsmacht nicht zur Betriebsführung der Mensa verpflichten, auch wenn der Vertrag im Rahmen der Mensakommission, welcher der Kläger mit beratender Stimme angehörte, ausgearbeitet wurde (act. 1, S. 4 Ziff. III/A/2a, und Ziff. 3 des Reglements der Mensakommission vom 9. September 2003 [fortan: Reglement], act. 2/8). Weiter dient die Führung des Mensabetriebs nicht unmittelbar der öffentlichen Bildungsaufgabe der Mittelschule gemäss Art. 3 MSG, auch wenn die Mensa als Bestandteil der Kantonsschule X. im Eigentum des Beklagten (Verwaltungsvermögen, vgl. Art. 45 StVG, Fassung vom 31. Januar 2017, nGS 2017-032) steht. Dadurch soll lediglich eine (kostengünstige) Verpflegung der Mittelschüler und der Angestellten der Schule während der Schulzeit (Art. 28 MSG) gewährleistet werden. So gesehen handelt es sich bei der Führung des Mensabetriebs um eine untergeordnete Hilfstätigkeit, welche durch Private angemessen erfüllt werden könnte (vgl. zum Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis Staat/Private Art. 25 Abs. 1 der Verfassung des Kantons St. Gallen, sGS 111.1, KV, und Verfassung des Kantons



St. Gallen, Botschaft und Verfassungsentwurf der Verfassungskommission vom 17. Dezember 1999, ABI 2000 S. 165 ff., S. 252, sowie P. Helbing, Folgen im Personalrecht, in: Schaffhauser/Poledna [Hrsg.], Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, St. Gallen 2002, S. 75 ff., S. 102 f., und zur Übertragung von Verwaltungsaufgaben an Dritte Art. 25 Abs. 3 KV, Art. 178 Abs. 3 BV und BGE 138 I 196 E. 4.4.3, in: Pra 101 [2012] Nr. 126). Indes können laut der Botschaft des Regierungsrates zum Entwurf eines Mittelschulgesetzes vom 11. September 1979 die Verpflegungseinrichtungen (Mensen) der Mittelschulen in der Regel nicht selbsttragend geführt werden, wenn sie für die Eltern erschwinglich sein sollten. Der Staat müsse deshalb nötigenfalls die Möglichkeit haben, im Rahmen der bewilligten Kredite Beiträge an den Betrieb solcher Einrichtungen zu leisten, ohne die Mensen selber betreiben zu müssen (vgl. ABI 1979 S. 1537 ff., S. 1565 f.). Entsprechende Subventionsverträge können nicht Gegenstand des Privatrechtsverkehrs sein (vgl. P. Stadler, a.a.O., S. 52). Verpflichtet sich der Staat gestützt auf Art. 6 MSG bzw. Art. 6 Abs. 1 aMSG vertraglich öffentliche Beiträge auszurichten, sind entsprechende Verträge als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. In Ziff. 2i des strittigen Vertrags in Verbindung mit der Festlegung des Betriebsbeitrages vom 18. November 2003 (act. 2/10 f.) ist eine solche Verpflichtung statuiert. Demzufolge handelt es sich bei der vorliegenden Vereinbarungen um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag, obgleich der Beklagte den Mensabetrieb nicht selbst führte, sondern bloss finanziell unterstützte (vgl. BGE 128 III 250 E. 2c/cc).

3.3. Das kantonale Personalrecht (ab 1. Juni 2012/1. Januar 2013: PersG und PersV, davor: Art. 67 bis 95 aStVG, Besoldungsverordnung vom 27. Februar 1996, Neudruck August 2003, nGS 38-68, sGS 143.2, aBesV, und aVStD, vgl. Art. 165 f. und Art. 170 PersV) setzt für seine Anwendbarkeit voraus, dass ein Arbeitsverhältnis (ehemals: Dienstverhältnis) vorliegt, definiert dieses aber nicht (vgl. Art. 1 und Art. 107 PersG, siehe auch Art. 1 des Bundespersonalgesetzes, SR 172.220.1, BPG). Es erscheint deshalb gerechtfertigt, für die Definition des Arbeitsverhältnisses im Sinne des kantonalen Personalrechts subsidiär (vgl. hierzu Art. 6 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, SR 210, ZGB, Art. 342 Abs. 1 lit. a OR, VerwGE K 2015/4 vom 30. Mai 2017 E. 3 mit Hinweisen auf BGE 139 I 57 E. 5.1, VerwGE B 2005/170 vom 21. März 2006 E. 4b, in: GVP 2006 Nr. 9, Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, Art. 319 N 22 und Art. 342 N 2, sowie P. Hänni, Das öffentliche



St.Galler Gerichte

Dienstrecht der Schweiz, 2. Aufl. 2008, S. 246, siehe auch Rehbindler/Stöckli, in: Hausheer/Walter, Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR, 2. Aufl. 2014, Art. 342 N 4) den zivilrechtlichen Begriff des Arbeitsverhältnisses analog zu berücksichtigen (vgl. Art. 8 PersG, in Vollzug seit 1. Juni 2012 [Art. 170 Abs. 2 PersV], P. Helbing, in: Portmann/Uhlmann [Hrsg.], Bundespersonalgesetz, Art. 1 N 27, T. Poledna, a.a.O., S. 222 f., und Botschaft, S. 1593 f., siehe auch Art. 83 aStVG sowie den vom Kläger zitierten Entscheid BGer 1C_252/2007 vom 5. März 2008 E. 2 und 5.1 mit Hinweisen). Liegt im vorliegenden Fall zivilrechtlich betrachtet ein Arbeitsverhältnis vor, ist ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis im Sinne des kantonalen Personalrechts (vgl. hierzu Art. 14 PersG) zu bejahen.

Der Arbeitsvertrag weist nach der gesetzlichen Definition (Art. 319 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220, OR) im Wesentlichen vier Merkmale auf: Es ist Arbeit gegen Entgelt in einem Dauerschuldverhältnis geschuldet, die in einer fremden Arbeitsorganisation und damit in einem Unterordnungsverhältnis geleistet wird. Notwendige Voraussetzung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ist die Subordination des Arbeitnehmers. Darunter wird die rechtliche Unterordnung in persönlicher, betrieblicher und wirtschaftlicher Hinsicht verstanden. Entscheidend ist, dass der Arbeitnehmer in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und damit von bestimmten Vorgesetzten Weisungen erhält. Er wird in eine hierarchische Struktur eingebettet. Die Schwierigkeit liegt allerdings darin, dass auch bei anderen Verträgen auf Arbeitsleistung, zum Beispiel beim Auftrag (Art. 394 ff. OR), ein Weisungsrecht besteht. Es kommt deshalb auf das Mass der Weisungsgebundenheit an (vgl. BGer 4A_504/2015 vom 28. Januar 2016 E. 2.1.1 mit Hinweisen, siehe auch zur Abgrenzung Arbeits-/Mietvertrag mp 2000, S. 121 ff.). Ein weiteres Kriterium für die Unterscheidung zwischen einer selbständigen und einer unselbständigen Tätigkeit bildet die Frage der wirtschaftlichen Abhängigkeit. Dabei kommt es letztlich darauf an, ob durch die vertragliche Bindung die Dispositionsmöglichkeit über den Einsatz der eigenen Arbeitskraft in dem Sinne verloren geht, dass über das Entgelt als Gegenleistung hinaus nicht mehr am wirtschaftlichen Erfolg des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft partizipiert werden kann. Ein wesentliches Indiz für eine Abhängigkeit in diesem Sinne liegt vor, wenn eine Person ausschliesslich für ein einziges Unternehmen tätig ist.



St.Galler Gerichte

Verstärkt wird dieses Indiz durch eine vertragliche Verpflichtung, jede wirtschaftliche Tätigkeit ähnlicher Art zu unterlassen (vgl. BGer 4A_533/2008 vom 9. Februar 2009 E. 4.2 mit Hinweis). Im Weiteren sprechen folgende Merkmale für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages: fixes Gehalt, Sozialabzüge, Dauer des Rechtsverhältnisses, Vereinbarungen betreffend Ferienanspruch, Probezeit sowie der Umstand, dass der Betrieb Werkzeug, Material und Arbeitsräume zur Verfügung stellt (vgl. BGer 1C_252/2007 vom 5. März 2008 E. 5.2 mit Hinweisen). Ob ein Arbeitsvertrag vorliegt oder nicht, ist im Einzelfall anhand aller Elemente des Vertragsverhältnisses zu beurteilen. Dabei ist weder die von den Parteien gewählte Bezeichnung noch die sozialversicherungs-, steuer- oder ausländerrechtliche Einstufung, welche auf eigenen Begriffsumschreibungen gründet, ausschlaggebend, wenngleich sich daraus allenfalls gewisse Indizien für einen Arbeitsvertrag ergeben können (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 N 2, S. 72, und N 13, sowie den vom Kläger angerufenen Entscheid BGer 4A_200/2015 vom 3. September 2015, E. 4.2.2).

Beim Pachtvertrag (Art. 275 OR) überlässt der Verpächter dem Pächter gegen Entgelt eine nutzbare Sache oder ein nutzbares Recht zum Gebrauch und zum Bezug der Früchte oder der Erträge (vgl. BGer 4A_688/2010 vom 17. März 2011 E. 1.1 mit Hinweis auf BGE 83 II 32 E. 1a, siehe auch Art. 276a OR in Verbindung mit Art. 4 des Bundesgesetzes über die landwirtschaftliche Pacht, SR 221.213.2, LPG). Die Gebrauchsüberlassung erfolgt im Unterschied zur Gebrauchsleihe (Art. 305 OR, vgl. BGer 4C.390/1999 vom 4. Januar 2000 E. 3a, Schärer/Maurenbrecher, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], a.a.O., Art. 305 N 1, sowie P. Higi, in: Gauch/Schmid [Hrsg.], Zürcher Kommentar, Die Leihe, 3. Aufl. 2003, Art. 305 N 15 ff.) gegen Entgelt. Im Gegensatz zur Miete (Art. 253 OR), die grundsätzlich in Geld zu entrichten ist, kann bei der Pacht die Bezahlung ganz oder teilweise in natura, z.B. durch Ablieferung eines Prozentsatzes der Ernte oder des Gewinns, erfolgen (sog. Teilpacht, vgl. Studer/Koller, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, Vorbemerkungen zu Art. 275-304 N 4 und Art. 275 N 8). Wenn der Vertragsgegenstand per se eine unnutzbare Sache ist, liegt stets Miete und nicht Pacht vor. Wird ein öffentlich zugängliches und vollständig eingerichtetes Lokal zur selbständigen Betriebsführung überlassen, handelt es sich um nichtlandwirtschaftliche Pacht (vgl. BGE 128 III 419 E. 2.1, in: Pra 92 [2003] Nr. 7, je mit Hinweisen und P. Higi, in: Gauch/



Schmid [Hrsg.], Zürcher Kommentar, Die Pacht, 3. Aufl. 2000, Vorbemerkungen zu Art. 275-304 Rz. 147 ff., sowie BGE 103 II 247 E. 2b mit Hinweisen).

Für die Auslegung verwaltungsrechtlicher Verträge ist wie bei einem privatrechtlichen Vertrag in erster Linie auf den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien abzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR analog; subjektive Vertragsauslegung). Die subjektive Vertragsauslegung bezieht sich auf den Willen der Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Lässt sich ein übereinstimmender Parteiwille nicht feststellen, ist der Vertrag so auszulegen, wie er nach dem Vertrauensgrundsatz verstanden werden durfte und musste (objektive Vertragsauslegung). Die objektive Vertragsauslegung ergibt sich nicht allein aus dem Wortlaut, sondern kann sich auch aus anderen Elementen ergeben wie aus dem verfolgten Ziel, der Interessenlage der Parteien oder aus den Gesamtumständen; von einem klaren Vertragswortlaut ist jedoch nur abzuweichen, wenn sich ernsthafte Anhaltspunkte dafür ergeben, dass dieser nicht dem Willen der Parteien entspricht. Bei der Auslegung öffentlich-rechtlicher Verträge ist zudem in Zweifelsfällen zu vermuten, dass die Verwaltung nicht bereit ist, etwas anzuordnen oder zu vereinbaren, was mit den von ihr zu wahren öffentlichen Interessen und der einschlägigen Gesetzgebung im Widerspruch steht. Indessen wäre es verfehlt, in allen Fällen der dem öffentlichen Interesse besser dienenden Auslegung den Vorzug zu geben (vgl. BGer 2C_658/2015 vom 3. Juni 2016 E. 3.1 mit zahlreichen Hinweisen und BGE 139 V 82 E. 3.1.2 mit Hinweisen).

3.4. Die Parteien sind sich einig, dass sie einen Vertrag abgeschlossen haben, vertreten jedoch unterschiedliche Auffassungen über die Vertragsqualifikation. Während der Kläger von einem Arbeitsvertrag ausgeht und daraus einen Lohnnachzahlungsanspruch ableitet (act. 1, S. 2 Ziff. II/1, S. 15 Ziff. III/B/3, act. 17, S. 2 ff. Ziff. III), macht der Beklagte geltend, dass ein Pachtvertrag abgeschlossen worden und daher kein Lohn geschuldet sei (act. 8, act. 20). Nach dem Wortlaut der Vereinbarung vom 18. November 2003 (act. 2/10, fortan: Vertrag) mitsamt dem Beiblatt „Festlegung des Betriebsbeitrages“ (act. 2/11, fortan: Beiblatt) und der Vertragsergänzung vom 28. April 2010 (act. 2/29) bildeten zunächst folgende Bestandteile zentralen Vertragsinhalt: Der Beklagte überliess dem Kläger ausschliesslich (vorbehältlich Pausenbeckangebot und vom Beklagten bewilligte Anlässe) zunächst auf ein Jahr und dann unbefristet (Kündigungsfrist von einem halben Jahr) die vollständig eingerichtete Mensa zur



selbständigen Betriebsführung gemäss dem Mensakonzept vom 11. September 2003 (fortan: Konzept, act. 2/9) und dem Reglement. Er verpflichtete sich, dem Kläger die Räume und Einrichtungen in einem zum vorausgesetzten Gebrauch geeigneten Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten (Vertrag Ziff. 1, 2a-2h, 3c und 6). Im Gegenzug verpflichtete sich der Kläger, die Mensa gemäss ihrer Bestimmung persönlich und korrekt zu führen und zu bewirtschaften, für eine nachhaltige Ertragsfähigkeit zu sorgen sowie die ihm überlassenen Räumlichkeiten, Einrichtungen und Inventargegenstände mit der gebührenden Sorgfalt zu behandeln (Vertrag Ziff. 3a, 3h und 3i). Zudem sicherte der Kläger dem Beklagten je nach Überschuss gemäss Betriebsrechnung einen Anteil am Gewinn zu (Überschuss gemäss Betriebsabrechnung von CHF 10'000 bis 20'000: 30 %, von CHF 20'001 bis 40'000: 40 % sowie ab 50'000: 50% des Gewinns, vgl. Beiblatt). Dieser Vertragsteil erfüllt die vier Wesensmerkmale einer Teilpacht – Nutzbarkeit, Überlassung, Gebrauch und Fruchtziehung sowie Entgelt (Beteiligung des Verpächters am Ertrag, vgl. P. Higi, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 275-304 Rz. 129 ff.) –, was offensichtlich auch dem Willen der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses entsprach (vgl. hierzu Protokolle der 2. und 3. Sitzung der Mensakommission vom 28. Januar resp. 20. Februar 2003, Traktandum 3 bzw. 2, act. 2/4 und 6, sowie Vertrag überschrift und Ziff. 7, siehe auch Vertrag Ziff. 2a, 2c f. und 3h f. sowie Art. 277 bis 280, 284 und 286 f. OR analog). Daran ändert nichts, dass der Kläger als Betriebsverantwortlicher auch zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet gewesen war (Vertrag Ziff. 3n). Gemäss Art. 283 Abs. 1 OR analog bestand für ihn nicht nur das Recht, die Erträge der Mensa zu beziehen, sondern auch die Pflicht für nachhaltige Ertragsfähigkeit zu sorgen, da eine Pflicht zur Bewirtschaftung vereinbart wurde. Letzteres machte seine persönliche Arbeitsleistung – Präsenzleistungen nach den Bedürfnissen des Betriebs (vgl. hierzu die klägerische Angaben act. 17, S. 7 f. Ziff. III/A/7) – erforderlich. Ihm blieb es aber unbenommen, die Betriebsführung mit Zustimmung des Beklagten auf Dritte, bspw. seine Ehefrau, zu übertragen (Vertrag Ziff. 3a). Insofern blieb er in der Gestaltung seiner Arbeitszeit grundsätzlich frei. Dementsprechend wurde auch nicht etwa ein Ferienanspruch des Klägers vereinbart (vgl. demgegenüber den vom Kläger angerufenen, vorliegend nicht einschlägigen Entscheid des Kantonsgerichts Jura vom 11. September 2000 consid. 4, in: RJJ 2001, p. 145 ss.). Ebenfalls nicht gegen die Qualifikation als Teilpacht spricht sodann der Umstand, dass der Kläger die Verpflegungsautomaten in der Kantonsschule, welche er



anfänglich mietete, mit (nachträglicher) finanzieller Unterstützung des Beklagten kaufte (act. 2/29), wobei die daraus resultierenden Nettoeinkünfte stets dem Kläger zufließen (Konzept Ziff. 1). Dabei handelt es sich um einen Nebenpunkt, welcher für die Qualifikation des Vertrages nicht ausschlaggebend sein kann. Überdies gilt im öffentlichen Recht die Vertragsfreiheit zwar bei weitem nicht in demselben Umfang wie im Privatrecht. Dennoch sind die Parteien, gesetzliche Regelungen vorbehalten, weder an den Abschluss eines bestimmten Vertragstypus noch an die Vereinbarung eines bestimmten Vertragsinhalts gebunden (vgl. F. Klein, a.a.O., S. 35, und zur Typenfreiheit im Obligationenrecht BGer 4A_684/2010 vom 17. März 2011 E. 2.4 mit Hinweisen und zum gemischten oder zusammengesetzten Vertrag BGE 139 III 49 E. 3.3 mit Hinweisen, insbesondere auf BGE 118 II 157 E. 3a). Die Parteien waren demnach frei, diese von der Pacht abweichende Regelung zu treffen.

Weiter bilden folgende Bestandteile die vertragstypische Leistung: Der Beklagte verpflichtete sich, dem Kläger öffentliche Beiträge gemäss Art. 6 MSG bzw. Art. 6 Abs. 1 aMSG auszurichten. Die Bemessung dieser Beiträge erfolgte durch den Beklagten – nach pflichtgemäßem Ermessen – im Rahmen der vom Kantonsrat (ehemals: Grosser Rat) bewilligten Kredite und auf Grundlage der Betriebsabrechnung pro Kalenderjahr (Vertrag Ziff. 2e und 2i, Beiblatt, Konzept Ziff. 5), welche der Kläger jährlich bis 22. Januar dem Verwalter der Kantonsschule (Art. 26 MSG) zu unterbreiten hatte (Reglement Ziff. 9/3) hatte. Dafür wurden die Menüpreise, inklusive Getränke für Schülerinnen und Schüler und weitere an der Schule tätige Personen, nicht vom Kläger, sondern von der Mensakommission, welche vom ehemaligen Rektor (Art. 23 Abs. 1 MSG) offenbar mit Genehmigung des Erziehungsrates (Art. 23 Abs. 2 MSG) eigens für den Betrieb der Mensa im Jahr 2002 gegründet wurde (act. 2/1 f.), unter Berücksichtigung der Bedürfnisse der Schule und der Wirtschaftlichkeit festgelegt und von der Rektoratskommission (Art. 24 MSG) genehmigt. Zusätzliche Anlässe der Schule mussten, allenfalls unter Mithilfe von Schulseitigen, so kostengünstig wie möglich durchgeführt werden. Anlässe für Dritte mussten in der Preisgestaltung so berechnet werden, dass der Aufwand für das Mensateam und für die Benutzung der Räume und die Arbeiten des Hausdienstes zu üblichen Preisen gedeckt war (Vertrag Ziff. 3d und 4b, Konzept Ziff. 1, 4 und 5, Reglement Ziff. 8). Dieser Vertragsteil stellt einen öffentlich-rechtlichen Subventionsvertrag dar, welcher gestützt auf Art. 6 MSG bzw. Art. 6 Abs. 1 aMSG die konkrete Ausgestaltung des Subventionsverhältnisses,



St.Galler Gerichte

insbesondere die Voraussetzungen für die Gewährung und die Bemessung der Subventionen regelt. Nichts anderes ergibt sich aus dem Umstand, dass der Betriebsbeitrag neben der Abgabe von günstigen Verpflegungsangeboten an die Schülerinnen und Schüler sowie an weitere an der Schule tätige Personen bezweckte, dem Kläger „einen angemessenen Bruttolohn“ sicherzustellen (Vertrag Ziff. 2i und Beiblatt). Daraus lässt sich – entgegen der klägerischen Auffassung – nicht ableiten, dass dem Kläger anstelle einer Subvention für die Führung des Mensabetriebs ein periodischer und fixer Lohn (Art. 322 OR analog) zugesichert worden wäre. Im Beiblatt wurde ausdrücklich vorbehalten, dass das effektiv erzielte Einkommen des Klägers geringer oder grösser sein kann als der „Ziel- oder Referenzlohn“ von jährlich CHF 90'000 brutto, welcher sich an einem 100%-Pensum gemäss Anhang C Klasse C 16 bis C 18 aBesV orientierte. Damit kann auch nicht davon gesprochen werden, dass das Unternehmerrisiko wegen der Bezugnahme auf einen „Referenzlohn“ nicht vom Kläger, sondern vom Beklagten zu tragen gewesen wäre (vgl. act. 17, S. 9 in fine).

Im Weiteren enthält der Vertrag folgende (relativ) detaillierte Anordnungen zur Geschäftsführung des Klägers: Die Öffnungszeiten wurden auf Antrag der Mensakommission durch die Rektoratskommission festgelegt (Vertrag Ziff. 4a, Konzept Ziff. 5, Reglement Ziff. 8). Schulfremde Personen wie Studierende, Lehrkräfte der Interstaatlichen Maturitätsschule für Erwachsene, Schülerinnen und Schüler der Kantonsschule P., Studierende der Pädagogischen Hochschule etc. wurden nur mit Bewilligung des Beklagten regelmässig zugelassen (Vertrag Ziff. 3m, Konzept Ziff. 2). Das Minimalangebot wurde durch die Mensakommission bestimmt (Suppe, Salat, Menüteller mit oder ohne Fleisch, Früchte, Brot und weitere Backwaren, alkoholfreie Getränke, Snacks und Kioskartikel sowie Trinkwasser, während den Schulwochen, Montag bis Freitag; Mittagessen und Zwischenverpflegung am Morgen und am frühen Nachmittag; qualitativ einwandfrei, Vertrag Ziff. 1 und 3b, Konzept Ziff. 1 und 3, Reglement Ziff. 8). Den Alkoholausschank genehmigte der Rektor (Vertrag Ziff. 5). Sonderanlässe während der Schulwochen nach Auftrag des Beklagten waren so kostengünstig wie möglich (Vertrag Ziff. 1 und 4b, Konzept Ziff. 1 und 4) und vom Beklagten bewilligte Anlässe Dritter kostendeckend durchzuführen (Vertrag Ziff. 1 und 4b, Konzept Ziff. 1 und 4). Ferner unterstand die Mensaleitung der betrieblichen und schulorganisatorischen Aufsicht der Mensakommission (Reglement Ziff. 7 und 9), wobei die Sitzungen der Mensakommission nach Bedarf oder wenn es mindestens



zwei stimmberechtigte Mitglieder es verlangten, jedoch mindestens einmal im Jahr stattzufinden hatten (Reglement Ziff. 5). Insoweit war der Kläger in die Arbeitsorganisation des Beklagten eingebunden. Sein Entscheidungsspielraum war durch diese Weisungen und die Aufsicht durch den Beklagten eingegrenzt, was den Vertrag von seiner Bedeutung her in die Nähe eines Arbeitsverhältnisses rückt resp. für einen Pachtvertrag – der Pächter ist selbständiger Unternehmer, blosser „Gebrauchsüberlassung“ – atypisch ist. Allerdings oblagen die konkreten Ausgestaltung des Angebots und der Wareneinkauf allein dem Kläger. Er legte die Preise für Kioskwaren und die Menüpreise für Dritte fest und war allein für das Mensapersonal verantwortlich (Ziff. 3g und 3l des Vertrags). Zudem erfolgte keine für das Arbeitsverhältnis typische Überwachung von Präsenz- oder Arbeitszeit des Klägers. Weisungen bezüglich täglicher Arbeitszeit, Ferien oder dergleichen erfolgten nicht. Auch war der Kläger nicht direkt einer Person unterstellt. Leistung und Verhalten des Klägers wurden nicht qualifiziert. Darüber hinaus konnten der Kläger und seine Ehefrau mit beratender Stimme an den Sitzungen der Mensakommission teilnehmen (Reglement Ziff. 3) und die Preisfestsetzung entsprechend beeinflussen, wobei ihren Anträgen – mit Ausnahme der letzten gemeinsamen Sitzung vom 2. Mai 2014 – gefolgt wurde, soweit Sitzungen einberufen wurden (vgl. Protokolle der Mensakommissionssitzungen, act. 2/2, 4, 6, 16, 18-21, 24 f., 30, 33, 41-43 und 46-51, act. 9/2, 3, 5-8, 12 f.). Vor diesem Hintergrund ist eine Scheinselbständigkeit des Klägers – entgegen den Ausführungen im Gutachten (act. 2/44, S. 12 f. Ziff. 9.4) und der Meinung des Klägers – nicht ausgewiesen. Die unternehmerische Freiheit des Klägers wurde durch die Weisungen des Beklagten zwar eingeschränkt. Entgegen anderslautender Darstellung im Gutachten (act. 2/44, S. 9 Ziff. 8) bestand sie indessen nicht nur im Kostenbereich. Das Abgrenzungskriterium des Unterordnungsverhältnisses erlaubt vorliegend keine eindeutige Vertragsqualifikation. Von entscheidender Bedeutung sind daher die ergänzenden Kriterien. Wie bereits hiervor ausgeführt, wurde zwischen den Parteien kein Lohn (Art. 322 OR analog), sondern einzig die Ausrichtung von Subventionen vereinbart. Den Lohn zahlten sich der Kläger und seine Ehefrau selbst aus (act. 2/36a-36l und 40). Sie handelten auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko. Die Sozialabzüge rechneten sie als Selbständigerwerbende ab (act. 1, S. 10, act. 2/36a-36l, Beilagen zu act. 9/5). Sodann war es ihnen nicht verwehrt, eine anderweitige selbständige oder unselbständige



Erwerbstätigkeit aufzunehmen, um ihre wirtschaftliche Abhängigkeit vom Beklagten zu reduzieren. Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, dass der Kläger zum Beklagten in einem Arbeitsvertragsverhältnis stand. Gesamthaft betrachtet ist von einem öffentlich-rechtlichen Subventionsvertrag auszugehen, welcher mit einem Teilpachtverhältnis verbunden wurde. Folglich bestand für den Beklagten – entgegen der Auffassung des Klägers – keine gesetzliche Pflicht, die Vereinbarung vom 18. November 2003/28. April 2010 (act. 2/10 f. und 29) über die Führung des Mensabetriebs als öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrag auszugestalten. Damit erübrigt sich die vom Kläger unter Berufung auf den Entscheid BGer 8C_227/2014 vom 18. Februar 2015 E. 4.2.4 (act. 1, S. 14 Ziff. III/B/1) verlangte Requalifikation in ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis. Die klägerischen Ansprüche, welche sich auf ein Arbeitsverhältnis stützen, erweisen sich als unbegründet.

3.5. Soweit der Kläger geltend macht, durch den Vertrag habe er sich der Willkür des Beklagten ausgeliefert und sich in seiner wirtschaftlichen Freiheit in einem Masse eingeschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet gewesen seien, weshalb der Vertrag unter dem Aspekt des Persönlichkeitsschutzes (Art. 27 ZGB) nichtig sei (act. 17, S. 10 f. Ziff. III/B/10 und 12), kann ihm nicht gefolgt werden. Selbst wenn die Bemessung der Betriebsbeiträge im Ermessen des Beklagten lag, stand es ihm jederzeit frei, die in seiner alleinigen Kompetenz liegenden Preise, welche „weitherum die günstigsten“ waren (vgl. act. 2/18 Ziff. 2c), anzupassen (Kioskwaren, Menüpreise für Dritte), die Einkaufs- und Personalkosten zu reduzieren, bei der Mensakommission eine Erhöhung des Betriebsbeitrags und der Preise der vergünstigten Menüs zu verlangen oder die Verlusttragung durch eine rasche Beendigung des Pachtverhältnisses gering zu halten. Des Weiteren ist nicht ersichtlich und wird vom Kläger auch nicht dargetan, inwiefern ihm aus dem Pacht- und Subventionsvertrag anderweitige Ansprüche (etwa gestützt auf Art. 288 OR) zustehen oder Gründe für eine analoge Anwendung von personalrechtlichen Schutzvorschriften (vgl. zum sogenannten arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnis Entscheid des Kantonsgerichts BZ.2006.83 vom 16. Oktober 2007 E. IV/4b f., bestätigt vom Kassationsgericht mit Entscheid vom 4. Juli 2008 und vom Bundesgericht mit Entscheid BGer 4A_553 vom 9. Februar 2009, www.gerichte.sg.ch) vorliegen sollten. Die Klage ist abzuweisen.



Offen bleiben kann bei diesem Ergebnis, ob der Kläger, weil er vom 1. April 2004 bis 25. August 2014 und damit über zehn Jahre mit der Geltendmachung von Lohnnachforderungen zuwartete, nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) verbindlich auf jeden Lohnanspruch verzichtet hätte, falls ein Arbeitsverhältnis vorgelegen hätte (vgl. hierzu BGer 4A_90/2016 vom 25. August 2016 E. 6.2 mit Hinweisen, insbesondere auf BGer 4A_223/2010 vom 12. Juli 2010 E. 2.1.2 mit Hinweisen, ARV 2004, S. 170 ff., und Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 N 7, S. 89, Art. 322 N 15 S. 293 ff., Art. 341 N 5).

4. Im Verfahren der personalrechtlichen Klage werden gemäss Art. 82 Abs. 2 Satz 1 PersG keine amtlichen Kosten erhoben. In sachgemässer Anwendung von Art. 114 Ingress und lit. c ZPO gilt die Kostenfreiheit bis zu einem Streitwert von CHF 30'000. Diese Bestimmungen sind im konkreten Fall nicht einschlägig, da eben gerade kein Arbeitsverhältnis vorliegt und sich die Forderung des Klägers dessen ungeachtet auf CHF 230'000 beläuft. Die amtlichen Kosten hat entsprechend dem Verfahrensausgang der Kläger zu bezahlen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 3'500 ist angemessen (Art. 7 Ziffer 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12, GKV). Sie wird mit dem Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Kläger keinen Anspruch auf Entschädigung ausseramtlicher Kosten (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98^{bis} VRP).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die amtlichen Kosten von CHF 3'500 bezahlt der Kläger unter Verrechnung mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe.
3. Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

Der Abteilungspräsident

Der Gerichtsschreiber



Zürn

Bischofberger