



Fall-Nr.:	BZ.2003.98
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	01.10.2004
Entscheiddatum:	01.10.2004

Entscheid Kantonsgericht, 01.10.2004

Art. 4 und 16 ANAG; Art. 9 Abs. 1 und 2, Art. 42 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 4 BVO; Art. 342 Abs. 2 OR; Art. 18 OR. Frage der Unabänderlichkeit einer Vereinbarung über Beschäftigungsgrad/Mindestlohn, die von den Parteien eines Arbeitsvertrages der Bewilligungsbehörde im Hinblick auf den Erhalt einer Arbeitsbewilligung vorgelegt wurde. Unklarer Bewilligungsinhalt. Simulation der arbeitsvertraglichen Regelung von Beschäftigungsgrad/ Mindestlohn (Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 1. Oktober 2004, BZ.2003.98).

Erwägungen

I.

1. Am 14. Oktober 2001 stellten C, selbständiger Tennislehrer in einem Tennis-Center in E, und A, ausgebildeter Tennislehrer, beim Amt für Wirtschaft ein Gesuch um Erteilung einer Einreisebewilligung mit Arbeitsbewilligung. Nach den Angaben in diesem Gesuch war vorgesehen, dass A ab 1. November 2001 zu einem Bruttolohn von Fr. 22.– und bei einem Beschäftigungsumfang von etwa 40 Stunden pro Woche als angestellter Tennislehrer für C arbeiten sollte (bekl. act. 1).

Das Amt für Wirtschaft teilte C in seinem Antwortschreiben vom 17. Oktober 2001 unter anderem mit, dem Gesuch könne aus arbeitsmarktlicher Sicht zugestimmt werden, wenn A "mindestens einen fixen Monatslohn von Fr. 4'500.–" erhalte. Das Amt bat C deshalb darum, einen "Arbeitsvertrag mit einem Brutto-Monatslohn von mindestens Fr. 4'500.–" zuzustellen. Für den Fall, dass die verlangten Unterlagen bis



St.Galler Gerichte

am 7. November 2001 nicht eingereicht würden, stellte das Amt einen negativen arbeitsmarktlichen Vorentscheid in Aussicht (bekl. act. 3).

C und A schlossen daraufhin am 25. Oktober 2001 eine als Anstellungsvertrag bezeichnete Vereinbarung ab. In Ziffer 4 des Vertrages verpflichtete sich A, als Angestellter von C "mindestens 42 Lektionen à 40 Minuten pro Woche" zu erteilen. Gemäss Ziffer 5 des Vertrages hatte C A mit einem "Nettolohn von Fr. 22.00 inkl. Ferien- und Feiertagsentschädigung pro Lektion (40 Minuten)[,] in jedem Fall jedoch [mit] Fr. 4'500.00 brutto pro Monat bzw. Fr. 54'000.00 pro Jahr" zu entschädigen (kläg. act.1). Dieser Vertrag wurde dem Amt für Wirtschaft unbestrittenermassen wie von diesem verlangt eingereicht. Anfang November erhielt A seine Arbeitsbewilligung (vgl. die Befristung in der Aufenthaltsbewilligung, kläg. act. 3).

2. C entlöhnte A in der Folge im Monatsrhythmus auf der Basis der aufgrund der Aufschriebe von A wöchentlich effektiv erteilten Tennislektionen zu dem im Vertrag genannten Ansatz von Fr. 22.– netto pro Lektion zu 40 Minuten. Die zeitliche Belastung von A war dabei schwankend und erreichte die gemäss Vertrag vorgesehene Nettoarbeitszeit von 28 Stunden bei einer durchschnittlichen Arbeitszeit von etwa 17 Stunden pro Woche kaum einmal (bekl. act. 4-21 [Lohnabrechnungen für die Zeit vom 30.12.01 bis 28.6.03]; bekl. act. 28 [Stundenaufschriebe von A vom 1.11.01 bis 26.7.03]).

3. Im Verlauf der Zeit kam es zwischen den Parteien zu in der Sache hier nicht näher interessierenden Meinungsverschiedenheiten (vgl. bekl. act. 27; kläg. act. 8). Thema von Auseinandersetzungen war sodann auch die Form der Lohnabrechnungen, in welchen bis dahin kein Hinweis auf die Sozialversicherungsabzüge und die Beiträge für die Berufliche Vorsorge enthalten gewesen war. Nachdem in dieser Sache zwischen den Vertragsparteien und dem C beratenden Treuhänder eine Besprechung durchgeführt worden war (kläg. act. 2; kläg. act. 9), monierte A diesen Sachverhalt mit Schreiben vom 10. Juni 2003 erneut und verlangte von C rückwirkend die Zustellung von Lohnabrechnungen, welche detailliert Aufschluss über den Bruttolohn, die vorgenommenen Abzüge sowie den Nettolohn geben sollten (kläg. act. 7). C wies in seinem Antwortschreiben vom 23. Juni 2003 darauf hin, dass vertraglich eine Nettolohnabrede getroffen worden sei und demzufolge alle tatsächlich vorgenommenen Abzüge von ihm als Arbeitgeber getragen würden. Er bestand ferner



auch darauf, dass immer korrekt abgerechnet worden sei und alle Sozialabgaben bezahlt worden seien. Zum Nachweis legte er den BVG-Versicherungsausweis, die AHV/IV/ALV- und UVG-Abrechnungen sowie das Gehaltsblatt für 2003 [recte 2002] bei (kläg. act. 9). Vorher hatte C bereits mit einem auf den 22. Juni 2003 datierten Schreiben das Vertragsverhältnis auf Ende 2003 gekündigt (kläg. act. 8).

4. Am 5. Juli 2003 machte A unter Bezugnahme auf die ihm zugestellten Dokumente seinem Arbeitgeber gegenüber Lohn- und BVG-Ansprüche im Betrag von Fr. 29'784.– geltend. Bei der Berechnung seiner Forderung ging er von dem im Arbeitsvertrag fixierten Bruttolohn von Fr. 4'500.– aus, zog die darauf geschuldeten Sozialversicherungsabgaben sowie die Quellensteuer ab und rechnete die bisher erfolgten Lohnzahlungen an. In seinem Antwortschreiben vom 14. Juli 2003 bestritt C diese Forderung. Namentlich führte er aus, das im Vertrag vorgesehene Mindestpensum von 42 Lektionen bei einem Ansatz pro Lektion von Fr. 22.– sei nur in den Vertrag aufgenommen worden, um die Voraussetzungen des Minimaleinkommens von Fr. 4'500.– brutto pro Monat für den Erhalt der Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung zu erreichen. Es sei in diesem Zusammenhang einvernehmlich abgemacht worden, dass die Anstellung in Form eines sich nach der Anzahl der vorhandenen Tennisschüler richtenden Teilpensums erfolgen solle. Gemeinsames Ziel sei es gewesen, die Tennisstunden in E anzubieten und andererseits ausschliesslich für A in weiteren Tennisanlagen Möglichkeiten für die Erteilung von Tennisunterricht zu suchen, um so mittelfristig ein Pensum von 42 Lektionen pro Woche erreichen zu können. Dass ein solches Pensum nicht erreicht worden sei, müsse sich A selber zuschreiben. A habe sich nicht um weitere Stunden in anderen Tenniscentern bemüht, obwohl er sich als sein Arbeitgeber für A eingesetzt und die entsprechenden Voraussetzungen geschaffen habe. Zudem habe A darüber hinaus auch zur Übernahme angebotene Tennislektionen abgelehnt (kläg. act. 13).

5. Am 31. Juli 2003 klagte A gegen C beim Arbeitsgericht F auf Zahlung des genannten Betrages. Das Gericht wies die Forderung mit Urteil vom 29. Oktober ab. In seiner Begründung geht das Arbeitsgericht zwar vom Vorliegen eines Arbeitsvertrages aus, betrachtet aber die im schriftlichen Arbeitsvertrag vom 25. Oktober 2001 enthaltene Mindestlohnabrede als simuliert (Urteil, 4-6).



6. Gegen dieses Urteil erhob der Kläger mit Eingabe vom 18. Dezember 2003 unter Beibehaltung des erstinstanzlichen Antrages Berufung (B/1). Der Beklagte erstattet seine die Abweisung des klägerischen Rechtsmittels beantragende Berufungsschrift am 2. Februar 2002 (B/8). Am 13. Februar 2004 reichte der Kläger eine nachträgliche Eingabe ein (B/11), welche der Beklagte in seiner Stellungnahme vom 4. März 2004 aus dem Recht zu beweisen beantragt (B/14).

7. Mit Beweisbeschluss vom 4. Mai 2004 (B/17) beschloss das Kantonsgericht, beim Amt für Wirtschaft des Kantons St. Gallen dessen Akten aus dem den Kläger betreffenden Verfahren auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis mit Bewilligung zum Stellenantritt herauszuverlangen. Mit Schreiben vom 7. Mai 2004 wurden dem Gericht die verlangten Akten zugestellt (B/19 und B/20). Die Parteien erhielten anschliessend Gelegenheit zur Beweismwürdigung (B/21), welche nur vom Kläger mit Eingabe vom 5. August 2003 (B/23) wahrgenommen wurde.

II.

1. Nach Art. 164 Abs. 1 lit. a ZPO ist eine nachträgliche Eingabe unter anderem zulässig, wenn es das rechtliche Gehör erfordert. Der Kläger geht vom Vorliegen einer solchen Situation aus. Er bringt vor, der Beklagte trage in der Berufungsantwort neu vor, die Parteien hätten sich durch Eingehen eines dissimulierten Arbeitsvertrages auf eine Teilzeitbeschäftigung geeinigt. Es werde damit versucht, einen Sachverhalt zu schildern, wie er im ganzen Verfahren noch nicht vorgetragen worden sei und inhaltlich als unzutreffend erscheine (B/11, 2 f.). Der Beklagte weist hier zutreffend darauf hin, dass diese Frage bereits im vorinstanzlichen Urteil thematisiert wurde (B/14). Dieser Eindruck wird auch durch einen Blick auf die Klageantwort bestätigt (Klageantwort, 4 und 6 sowie insbesondere 12 und 14). Die nachträgliche Eingabe des Klägers kann damit nicht berücksichtigt werden.

2. Die vom Arbeitsgericht vorgenommene Einordnung des Rechtsverhältnisses als Arbeitsvertrag wird im Berufungsverfahren von den Parteien zu Recht nicht in Frage



gestellt. Es kann hier auf die zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts verwiesen werden (Urteil, 4 f.).

3.a) Die Parteien stimmen hinsichtlich des Sachverhalts darin überein, dass das Amt für Wirtschaft auf der Grundlage der Angaben im Gesuch vom 14. Oktober 2001 keinen positiven Bescheid in Aussicht stellen wollte und die Bezahlung eines fixen Monatslohns von Fr. 4'500.- als zwingende Voraussetzung für die Erteilung einer Bewilligung ansah (B/1, 3 f. und 5; B/8, 5). Unklar bleibt nach diesen Ausführungen, ob das Amt mit diesem Verweis auf ein fixes Gehalt zu Lasten beider Parteien auch einen bestimmten Beschäftigungsgrad vorschreiben oder ungeachtet der tatsächlichen Beschäftigung zugunsten des Klägers einfach einen bestimmten Lohn sicherstellen wollte. Der Kläger wirft der Vorinstanz nun vor, hinsichtlich des dem Amt auf dessen Schreiben hin eingereichten Arbeitsvertrags zu Unrecht das Vorliegen einer Simulation angenommen zu haben. Der Entscheid erweist sich nach seiner Auffassung vor dem Hintergrund einer gefestigten Praxis des Bundesgerichts und der Gesetzessystematik in den Art. 341 f. OR i.V.m. Art. 9 der vorliegend anwendbaren Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO; SR 832.21) als rechtswidrig (B/1, 7). Konkret muss seiner Ansicht nach zunächst berücksichtigt werden, dass aufgrund von Art. 9 Abs. 1 BVO Arbeitsbewilligungen an ausländische Staatsangehörige nur erteilt werden dürfen, wenn diesen dieselben orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen wie den Schweizern geboten werden. Aus diesem Grund habe die Arbeitsmarktbehörde zuerst das Einreichen eines schriftlichen Arbeitsvertrages mit einer Entschädigungsbasis von Fr. 4'500.- pro Monat verlangt und erst dann die verbindliche Verfügung erlassen, wonach der Arbeitnehmer seine Arbeit aufnehmen und sich niederlassen dürfe. Nach Auffassung des Klägers wird die so in der Verfügung festgelegte Verpflichtung des Arbeitgebers zum Inhalt einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift, die dem Arbeitnehmer nach der Rezeptionsklausel des Art. 342 Abs. 2 OR einen privatrechtlichen Erfüllungsanspruch verschafft. Nach Art. 341 Abs. 1 OR habe er auf diesen Anspruch angesichts dessen sich aus Art. 361 Abs. 1 OR ergebender zwingender Natur auch nicht gültig verzichten können. Daraus ergibt sich für den Kläger zusammenfassend, dass der Mindestlohn, wie er zunächst aufgrund öffentlich-rechtlicher Verfügung und anschliessend auf dem Weg von Art. 342 Abs. 2 OR zum privatrechtlichen Anspruch gemacht worden sei, auf jeden Fall unverzichtbarer Natur sei (B/1, 5 f.). Die sich auf die Frage der Simulation beziehende Argumentation der



Vorinstanz ist damit für den Kläger falsch, für sie bestehe kein Raum (B/1, 7). Der Beklagte anerkennt, dass sich gemäss der vom Kläger angeführten Bundesgerichtspraxis aus der sich von der Arbeitsmarktbehörde im Einzelfall gestützt auf Art. 9 Abs. 1 BVO festgelegten Pflicht zur orts- und berufsüblichen Entlöhnung ein klagbarer Anspruch ableiten kann und insofern kein Raum für die Prüfung der Frage der Simulation besteht. Die angeführte Praxis ist seiner Ansicht nach aber für den vorliegenden Fall nicht einschlägig. In den zitierten Fällen habe der Arbeitnehmer seine volle Arbeitsleistung gemäss Arbeitsvertrag erbracht, hier aber habe der Kläger bei Vertragsschluss genau gewusst, dass im schriftlichen Vertrag neben dem Brutto-Mindestlohn auch die damit einhergehende Mindest-Arbeitspflicht von 42 Lektionen à 40 Minuten simuliert gewesen sei. Nachdem der Kläger in der Folge im Alltag wie effektiv verabredet den Umfang seiner Arbeitszeit selber bestimmt habe, verliere der aus Art. 9 Abs. 1 BVO i.V.m. Art. 342 Abs. 2 OR abgeleitete Rechtsschutzgedanke seine Bedeutung. Spätestens mit der einseitigen Berufung nur auf die simulierte Mindestlohnabrede greift nach seiner Meinung das Rechtsmissbrauchsverbot. Diesen Einwand lasse auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung für aussergewöhnliche Umstände, wie sie hier vorliegen würden, zu (B/8, 10 f.).

b) Mit Blick auf die bundesgerichtliche Praxis (BGE 129 III 621 f. mit Hinweisen; BGE 122 III 114 f.) sind sich die Parteien richtigerweise darin einig, dass im Fall der Genehmigung eines bestimmten Lohnes bei einer bestimmten Arbeitszeit selbst ein einvernehmliches vertragliches Abweichen von der behördlich bewilligten Entlöhnung bei gleichbleibender Arbeitszeit nicht möglich ist. Eine entsprechende Abrede ist danach nichtig, weshalb sich das Problem der Simulation gar nicht stellen kann. Vom Bundesgericht aber bis anhin noch nicht entschieden worden ist die Frage, ob die Parteien nur hinsichtlich des auf die Stunde berechneten Lohnansatzes gebunden sind und somit hinsichtlich des Beschäftigungsumfanges trotz bestimmter diesbezüglicher Angaben gegenüber der Behörde frei bleiben (so obiter dicta des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt, BJM 1998, 308, und des Obergerichts des Kantons Luzern, JAR 2001, 132) oder ob grundsätzlich die gleiche Regelung wie bei der bisherigen Praxis zu Salären für eine Vollzeitbeschäftigung Anwendung findet (so Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, JAR 1989, 137). Offen ist auch, wie zu verfahren ist, wenn behördlich ein fester betragsmässiger Mindestlohn verfügt würde, den Parteien des Arbeitvertrages aber nichts hinsichtlich des Beschäftigungsumfanges



vorgeschrieben würde. Soweit aus den Entscheiden BJM 1998, 309 und JAR 2001, 129 die Aussage abzuleiten ist, dass diesbezüglich eine letztlich von den Parteien gewollte vertragliche Abrede allfälligen anderen Angaben an die Behörde und dem Inhalt der Bewilligung ohne weiteres vorgeht, kann dem nicht gefolgt werden. In diesen Entscheiden ging es erstens praktisch mangels Simulation und mangels behördlicher Auflagen nur um die Frage, wie die gegenüber den Behörden gemachten Angaben zu werten waren. In beiden Fällen ging es konkret darum, ob die Arbeitgeber sich entgegen den in ihrem Gesuch enthaltenen Angaben auf die Stundenlohnvereinbarung des jeweils zuhanden der Behörde dem Gesuch beigelegten Arbeitsvertrags berufen konnten. Das vorliegende Problem stellte sich dort also nicht. Zweitens wird in diesen Entscheiden nicht auf das sich hier zwangsläufig stellende Problem eingegangen, inwiefern eine dem tatsächlichen Parteiwillen widersprechende behördliche Anordnung zulässig ist und was gegebenenfalls die Folgen sind. Richtig erscheint in diesem Zusammenhang, dass den von den Parteien im Kontakt mit den Behörden gemachten Angaben, hier also jene im Gesuch und im nachgereichten Arbeitsvertrag, grosses Gewicht beigemessen wird. Weil diese Angaben die Basis der behördlichen Entscheidung bilden, wird zum Teil sogar angenommen, ohne weitere Ausführungen in der Bewilligung würden diese Angaben mit dem Erteilungsakt zur öffentlich-rechtlichen Pflicht (so ausdrücklich BK-REHBINDER, N 14 zu Art. 342 OR betreffend den Lohn). Ob das so weitgehend formuliert zutrifft, ist fraglich. Sicher bieten diese Informationen einen zentralen Anhaltspunkt für die Erschliessung des Bewilligungsinhalts. Liegen aber Elemente vor, die einen anderen behördlichen Willen als möglich erscheinen lassen, ist deren Bedeutung insoweit zu relativieren.

c) Wie der vorliegende Sachverhalt im Rahmen dieser Praxis einzuordnen ist, muss aber erst entschieden werden, wenn feststeht, dass die Bewilligung bindend einen bestimmten Beschäftigungsumfang vorsah oder wenn darin ungeachtet des tatsächlichen Beschäftigungsumfangs ein Mindesteinkommen garantiert werden sollte. Massgeblich für die Beurteilung ist in diesem Zusammenhang grundsätzlich der Standpunkt des Amtes für Wirtschaft. Nach Art. 42 Abs. 1 BVO verfügt die kantonale Arbeitsmarktbehörde, ob die Voraussetzungen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nach Art. 6-11 dieser Verordnung erfüllt sind, bevor dann die kantonale Fremdenpolizei über die Aufenthaltsbewilligung entscheidet. Dieser Vorentscheid ist für die Fremdenpolizei in arbeitsmarktlicher Hinsicht bindend (Art. 43 Abs. 4 BVO).



St.Galler Gerichte

Was das Amt für Wirtschaft genau vorschrieb, ist aber nicht so eindeutig, wenn man berücksichtigt, auf welcher Grundlage sein Schreiben vom 17. Oktober 2001 (bekl. act. 3), welches erstmals den Brutto-Monatslohn von Fr. 4'500.- vorschreibt, zustande kam. Dieses basierte auf dem Gesuch vom 14. Oktober 2001 (bekl. act. 1). Von Bedeutung ist nun, dass sich alle Angaben in diesem Gesuch auf "Std." bezogen und nicht auf Lektionen (à z.B. 40 Minuten). So war ein Bruttolohn "pro Std." von Fr. 22.- vorgesehen, gleichzeitig aber ein Beschäftigungsumfang von "ca. 40 Std.". Ein unbefangenes Verständnis dieser Angaben würde darin bestehen, dass die Parteien danach zwar einerseits keine feste, sondern eine auf der tatsächlichen stundenweisen Präsenz basierende Anstellung vereinbaren wollten, dass sie aber gleichzeitig auf dieser Basis im Ergebnis in etwa eine vollzeitliche Beschäftigung (40 volle Wochenstunden) anstrebten. Es ist durchaus möglich, dass die Behörde den Antrag auch so verstand und lediglich in diesem Rahmen die Zahlung eines bestimmten, gegenüber den Angaben im Gesuch (Fr. 22.- brutto/Std. = 60 Minuten) höheren Stundenlohns durchsetzen wollte. Zu erreichen wäre dieses Ziel prinzipiell auf zwei Arten gewesen. Die Behörde hätte einerseits - unter Inbetrachtziehen der dann in ihrem Schreiben vom 17. Oktober 2001 geäußerten Vorstellungen - einen bestimmten Stundenlohn vorschreiben und eine Ferienentschädigung hinzurechnen können. Das Problem hier wäre aber gewesen, dass die Behörde angesichts der Angaben im Gesuch nicht zum Vorneherein abschätzen konnte, ob eine Abgeltung der Ferien bei dem nachher gelebten Vertragsverhältnis rechtlich überhaupt zulässig gewesen wäre (vgl. dazu BSK-REHBINDER/PORTMANN, 3. A., N 1 zu Art. 329d OR). Die andere Lösung hätte darin bestanden, ausgehend von der von den Parteien angegebenen und ungefähren vollzeitlichen Beschäftigung gleich eine feste vollzeitliche Anstellung mit einem bestimmten Lohn vorzusehen und damit insgesamt auch hinsichtlich der Ferienregelung Klarheit zu schaffen. Es besteht damit zusammenfassend die Möglichkeit, dass das Amt für Wirtschaft nicht definitiv einen bestimmten Beschäftigungsumfang vorgeben wollte, sondern lediglich aufgrund der Angaben der Parteien von einem vollzeitlichen Arbeitsverhältnis ausging. Ginge man davon aus, dass sich der vom Amt für Arbeit geforderte Bruttolohn von Fr. 4'500.- auf eine Vollzeitbeschäftigung von 40 Stunden pro Woche zuzüglich vier Wochen Ferien bezog, so ergibt sich auf die Stunde berechnet bei Berücksichtigung der diesfalls üblichen Ferien- und Feiertagsabgeltung von 8.33% ein Brutto-Stundenlohn von Fr. 30.50.



St.Galler Gerichte

Diesen Ansatz hat der Beklagte eingehalten. Pro ganze Stunde (Lektion à 60 Minuten) bezahlte er nämlich angesichts der Nettolohn-Zahlungen selber inklusive Ferien- und Feiertagsentschädigung Fr. 33.– (vgl. Lohnabrechnungen bekl. act. 4 - 21).

Eine andere Einschätzung drängt sich auch nicht angesichts des Inhalts des schliesslich eingereichten Vertrages auf. Auch wenn die Parteien darin den vom Amt vorgeschlagenen Bruttolohn von Fr. 4'500.– in den Vertrag übernahmen, ergibt sich daraus vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen nicht, dass das Amt zwangsläufig auf einer vollzeitlichen Anstellung bzw. einem bestimmten Beschäftigungsumfang bestand. Im Gegenteil, für das Amt musste aufgrund der in Ziffer 4 des Vertrags enthaltenen Bemessung der Arbeitszeit in Lektionen zu 40 Minuten wohl klar werden, dass die Parteien nicht eine Vollanstellung im herkömmlichen Sinn im Auge haben konnten. Nachdem sich aber der so ergebende Stundenlohn in jedem Fall - einerseits auf der Basis des Nettolohnes von Fr. 22.– pro Lektion (Ziffer 5), andererseits unter Zugrundelegung der Mindestarbeitszeit von 42 Lektionen und dem Mindestlohn von Fr. 4'500.– brutto (Ziffern 4 und 5) - klar über dem bewegte, was die Behörde wohl angesichts des auf einem Stundenlohn basierenden Gesuchs selber auf die Stunde gerechnet vorschreiben wollte, konnte sie die Sache jedenfalls so auf sich beruhen lassen. Beizufügen bleibt allerdings, dass die Behörde angesichts des eingereichten Arbeitsvertrages auch von einer weiteren Reaktion absehen konnte, soweit sie entgegen den vorstehenden Ausführungen ohne Vorstellung von einem bestimmten Beschäftigungsgrad einfach einen bestimmten Mindestverdienst des Arbeitnehmers sicherstellen wollte. Wie es sich damit verhält, ist angesichts der vorstehenden Ausführungen ebenfalls unklar.

Zusammenfassend ergibt sich damit folgendes. Es ist unklar, was genau Inhalt des arbeitsmarktlichen Vorentscheid des Amtes für Arbeit war. Dieser genaue Inhalt ist aber entscheidend. Wollte sich das Amt für Arbeit gar nicht über den Beschäftigungsgrad äussern oder einen davon unabhängigen Mindestlohn vorschreiben und wurde dies folglich nicht Bestandteil der Arbeitsbewilligung, dann konnten die Parteien zum vorneherein einen vom eingereichten Vertrag abweichenden Modus vereinbaren, da in dieser Situation Art. 342 Abs. 2 OR nicht zum Tragen kam. Soweit das so ist, bleibt weiter nur nach allgemeinen Regeln zu prüfen, ob der schriftliche Arbeitsvertrag lediglich simuliert war. Erst falls das Amt für Arbeit einen bestimmten



Beschäftigungsgrad vorsah oder ohne Ansehen des Beschäftigungsgrads einen Mindestlohn vorschreiben wollte, wäre erstens zu prüfen, inwiefern das Gericht an diesen behördlichen Entscheid gebunden wäre, und wäre zweitens abzuklären, ob die erwähnte bundesgerichtliche Praxis auch hier zur Anwendung kommt und ob sich allenfalls aus dem Rechtsmissbrauchsverbot eine Begrenzung ergibt.

d) Die vom Amt für Wirtschaft gestützt auf Art. 343 Abs. 4 OR sowie Art. 93 Abs. 1 und 3 ZPO einverlangten Akten vermögen die Sachlage nicht zu klären. Zusätzlich zur bereits aufgrund der Parteiakten ermittelten Sachlage ergibt sich lediglich, dass das Gesuchsformular mit dem ursprünglich vorgesehenen Stundenlohn von Fr. 22.- brutto bei ungefährender Beschäftigung von 40 Stunden/Woche entsprechend der auf der Rückseite enthaltenen Rubrik "Antrag/Vorentscheid des KIGA St. Gallen" der Fremdenpolizei zur Bewilligung weitergeleitet und dass dabei Passkopie, Arbeitsvertrag, Lebenslauf und Diplome als Beilagen mitgeliefert wurden. Es ergibt sich insofern lediglich, dass der nach dem Gesuch formulierte Arbeitsvertrag als massgebende Grundlage der Rechtsbeziehung zwischen den Parteien betrachtet wurde. Ob aber das Amt die Parteien auf dieser Grundlage auf einen Mindestlohn bzw. auf ein dem Vertrag entsprechendes Arbeitspensum verpflichten wollte, bleibt offen. Etwas anderes ergibt sich in diesem Zusammenhang auch nicht aus den entsprechenden Ausführungen des Klägers (B/23, 3 f.).

e) Indem auch nach der Beweisabnahme offen bleibt, ob das Amt für Wirtschaft als zuständige Behörde für den arbeitsmarktlichen Vorentscheid einen Mindestlohn oder eine fixe Beschäftigung vorschrieb, ist das Gericht in dieser Frage nicht durch den Entscheid der in dieser Vorfrage kompetenten Behörde gebunden. Dass weiter eine klare Praxis in dieser Frage besteht, ist nicht ersichtlich. Es ist damit zu beurteilen, inwiefern öffentlich-rechtlich die über Art. 342 Abs. 2 OR ins Zivilrecht umzusetzende Verpflichtung besteht, dass vorliegend Vorgaben hinsichtlich des Beschäftigungsgrades oder des Mindestlohnes gemacht werden.

In diesem Zusammenhang gilt es zunächst zu beachten, dass die Behörden allgemein im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften nach freiem Ermessen über Aufenthaltsbewilligungen entscheiden (Art. 4 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAG; SR 142.20]). Nach Art. 16 ANAG haben die



Behörden dieses Ermessen unter anderem unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen des Landes auszuüben. Eine weitere Leitlinie für die Ausübung des behördlichen Ermessens stellt Art. 1 BVO dar, wonach mit dieser Verordnung ein ausgewogenes Verhältnis zwischen schweizerischer und ausländischer Wohnbevölkerung sichergestellt werden soll, günstige Rahmenbedingungen für die Eingliederung der hier wohnenden und arbeitenden Ausländer geschaffen werden sollen und die Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur sowie eine möglichst ausgeglichene Beschäftigung angestrebt wird (vgl. zum ganzen F. KLAUS, Ausländische Staatsangehörige als Arbeitnehmer, in: UEBERSAX ET AL. (Hrsg.), Ausländerrecht, Rz. 14.30 ff.). Art. 9 Abs. 1 BVO schreibt vor, dass Bewilligungen nur erteilt werden dürfen, wenn der Arbeitgeber dem Ausländer dieselben orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen bietet wie den Schweizern und der Ausländer angemessen gegen die wirtschaftlichen Folgen von Krankheit gesichert ist. Gemäss Art. 9 Abs. 2 BVO bestimmen sich die orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen unter anderem nach den gesetzlichen Vorschriften, den Lohn- und Arbeitsbedingungen für die gleiche Arbeit im selben Betrieb und in derselben Branche. Angestrebt wird mit diesen Vorschriften die Bewahrung des sozialen Friedens, indem die Schweizer Arbeitnehmer vor von ausländischen Arbeitnehmern ausgehendem Lohndruck bewahrt werden und auch diese ausländischen Arbeitnehmer selber geschützt werden (BGE 129 III 623; BGE 122 III 114 mit Hinweisen). Die ausländischen Arbeitnehmer sollen vor missbräuchlichen Arbeitsbedingungen bzw. vor Übervorteilung geschützt werden (BK-REHBINDER, N 14 zu Art. 342 OR; KLAUS, a.a.O., Rz. 14.54).

Eindeutig ist aufgrund der vorstehenden Ausführungen, dass ein arbeitsmarktlicher Vorentscheid sich über den Lohn pro Zeiteinheit als Vergleichsmassstab äussern muss. Anders kann zum vorneherein nicht beurteilt werden, ob unerwünschter Lohndruck bzw. Missbrauch ausländischer Arbeitskraft vermieden wird. Demgegenüber besteht darüber hinaus zumindest keine allgemeine Verpflichtung, auch einen beschäftigungsunabhängigen Mindestlohn oder einen bestimmten Beschäftigungsgrad vorzuschreiben. Ob sich im Einzelfall eine solche Verpflichtung bei pflichtgemässer Handhabung des Ermessens ergeben könnte, braucht sodann nicht entschieden zu werden. Soweit man eine An-stellung auf der Basis der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden überhaupt unter den Begriff der Arbeitsbedingungen erfasst, kann eine solche allgemein nicht als missbräuchlich angesehen werden. Diese



Arbeitsform ist gängig und wird auch von Schweizer Arbeitnehmern in nicht unerheblicher Zahl ausgeübt. Mit der Anordnung einer bestimmten Mindestarbeitspensums oder eines von der tatsächlichen Beschäftigung unabhängigen Mindestlohnes würde der ausländische Arbeitnehmer damit im Normalfall unzulässigerweise bessergestellt. So ist denn auch im vorliegenden Fall nicht ersichtlich, dass eine vorgesehene stundenweise Beschäftigung des Klägers als Tennislehrer im Vergleich zu inländischen Arbeitnehmern im gleichen Bereich einen Missbrauch darstellen soll.

Damit besteht im vorliegenden Fall kein Anlass, die Parteien öffentlich-rechtlich auf einen bestimmten Beschäftigungsgrad oder einen beschäftigungsunabhängigen Mindestlohn zu verpflichten. Art. 342 Abs. 2 OR kommt damit nicht zur Anwendung. Es bleibt zu prüfen, ob der dem Amt für Wirtschaft eingereichte Vertrag mit seiner Arbeitszeitabrede von 42 Lektionen zu 40 Minuten und dem vorgesehenen Lohn von Fr. 4'500.- brutto pro Monat zugunsten einer Stundenlohnabrede simuliert war. Soweit das der Fall ist, hat der Kläger keinen Anspruch, da die von ihm erteilten Tennisstunden unbestrittenermassen entlohnt wurden und die auf die Stunde umgerechneten Lohnvorgaben des Amtes für Wirtschaft eingehalten wurden.

4. Für das Vorliegen einer Simulation nach Art. 18 Abs. 1 OR ist der Beklagte beweisbelastet. Nach Ansicht der Vorinstanz wurde dieser Beweis erbracht. Sie stützte sich bei ihrer Beurteilung auf zwei Indizien. Ein Anhaltspunkt besteht danach darin, dass das vom Amt für Wirtschaft geforderte Bruttomindestgehalt gewissermassen als Nachsatz in den nachher formulierten Arbeitsvertrag mit den ansonsten den Angaben des Gesuchs entsprechenden Informationen eingefügt worden sei (Urteil, 5). Der zweite Anhaltspunkt besteht darin, dass sich der Kläger die heute als vertraglich unzulässig gerügte Entlohnung auf der Basis der tatsächlich geleisteten Lektionen, welche zu klar tieferen Nettoeinkünften führte als an sich vertraglich geschuldet, über eineinhalb Jahre ohne dokumentierten Widerspruch gefallen liess und im Rahmen der schliesslich auftretenden arbeitsrechtlichen Differenzen zuerst nur die Frage der Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge monierte (Urteil, 5). In der Berufung wird zum Problem der Simulation einzig ausgeführt, die Vorinstanz gebe keine Gründe an, weshalb denn der Kläger den Vertrag simulieren wollte (B/1, 5). Hinsichtlich der vorinstanzlichen Ausführungen zum Verhalten der Parteien im Zusammenhang mit dem Gesuch, dem



nachfolgenden Schreiben des Amts für Wirtschaft und dem daraufhin eingereichten Vertrag ist zu-nächst festzuhalten, dass die Parteien danach wohl selber tatsächlich nur eine Stundenlohnvereinbarung treffen wollten. Wie die Vorinstanz richtig ausführte, war im Gesuch nur von einem Stundenlohn die Rede. Der auf das Schreiben des Amts für Wirtschaft hin verfasste Arbeitsvertrag enthielt sodann nach wie vor Ausführungen zum Stundenlohn, obwohl solche angesichts der mit der Bruttolohn-Klausel im Vertrag von den Parteien vorgenommenen Umsetzung der vermeintlichen Vorgaben des Amts nicht weiter notwendig gewesen wären. Auffallend ist weiter, dass der neu anstelle eines Bruttostundenlohnes eingesetzte Nettolohn pro Lektion von Fr. 22.– nach Umrechnung in einen Bruttolohn und nach Zusammenrechnen mit der vorgesehenen Mindestarbeitszeit von 42 Lektionen pro Woche unter Ausserachtlassen der Frage der unterschiedlichen Behandlung der Ferien einen Betrag im Bereich des behördlich verlangten Bruttolohnes von Fr. 4'500.– ergibt. Das weist ebenfalls darauf hin, dass die Parteien in der Praxis an einer Abrechnung nach effektiv geleisteter Arbeitszeit festhalten wollten (so auch Klageantwort, 5 f.). Zusammenfassend ist diese vertragliche Gestaltung ein gewisses Indiz dafür, dass die Parteien trotz der schriftlichen Vereinbarung eines Bruttomindestlohnes auf der Basis der tatsächlich erteilten Tennislektionen abrechnen wollten. Relativierend ist hier allerdings beizufügen, dass nicht klar ersichtlich ist, inwiefern der Kläger angesichts seiner englischen Muttersprache das alles auch wirklich so verstand (vgl. hierzu auch kläg. act. 9, wonach für eine Besprechung zu Fragen der Sozialversicherungsabzüge für den Kläger ins Englische übersetzt wurde). Entscheidend erscheint aber wie bereits von der Vorinstanz hervorgehoben der Umstand, dass sich der Kläger trotz in diesem Punkt klarer vertraglicher Gestaltung ("in jedem Fall jedoch Fr. 4'500.– brutto") eineinhalb Jahre ruhig verhielt. Selbst wenn man annehmen würde, der Kläger habe zum Zeitpunkt der Unterschrift des Vertrages sprachliche Probleme gehabt, so es nicht plausibel, dass er diesen einfach unterschrieb ohne eine klare Vorstellung vom geschuldeten Lohn zu haben. Und soweit er über das, was er unterschrieb, trotzdem irrte, zeigt der spätere Verlauf der Geschehnisse deutlich, dass er von einer Entlöhnung nach den tatsächlich geleisteten Lektionen ausging. Der schriftliche Vertrag ist somit als simuliert zu betrachten.

Die vom Amt für Wirtschaft auf die Stunde umgerechnete Bruttoentschädigung beträgt wie erwähnt bei einer angenommenen Wochenarbeitszeit von 40 Stunden und unter



Berücksichtigung des üblichen Ferienzuschlags von 8.33% Fr. 30.50. Bereits der vom Beklagten bezahlte, auf eine Stunde umgerechnete Nettoansatz gemäss Vertrag von Fr. 33.– liegt darüber. Die Vorgaben des Amts für Wirtschaft sind damit eingehalten. Die Forderung auf Bezahlung der Differenz zwischen den effektiv erfolgten Lohnzahlungen und den Lohnansprüchen, die sich aufgrund des gemäss schriftlichem Arbeitsvertrag auf der Grundlage des dort festgehaltenen Bruttolohnes von Fr. 4'500.- ergeben würden, ist damit abzuweisen.

5. Hinsichtlich der Ansprüche aus beruflicher Vorsorge für die Jahre 2001 und 2002 kann auf das vorinstanzliche Urteil abgestellt werden. Danach bestand für das Jahr 2001 keine Versicherungspflicht und wurde vom Beklagten für das Jahr 2002 eine schlüssige Rechnung nachgereicht. Dies wurde in erster Instanz nicht bestritten, und dabei blieb es auch im Berufungsverfahren.

Was allfällige Ansprüche für das Jahr 2003 anbelangt, so führte das Gericht aus, diese könnten erst Ende 2003 beurteilt werden, da das Arbeitsverhältnis erst zu diesem Zeitpunkt hin aufgelöst werde (Urteil, 7). Nach Art. 7 Abs.1 BVG (SR 831.40) i.V.m. Art. 5 BVV 2 (SR 831.441.1) beträgt der Mindestlohn für die berufliche Vorsorge seit dem 1. Januar 2003 Fr. 25'320.-. Im Berufungsverfahren blieb unbestritten, dass der Kläger nur bis Ende Juni 2003 Lohnzahlungen erhalten hat (B/1, 3 und B/8, 8). Es ist mit anderen Worten anzunehmen, dass er trotz des erst Ende 2003 auslaufenden Vertragsverhältnisses für den Beklagten in der zweiten Jahreshälfte keinen weiteren Unterricht erteilte. Die aufgrund des effektiven Arbeitseinsatzes von Januar bis Juni 2003 auf der Basis des ausgezahlten Nettolohnes geleisteten Zahlungen von Fr. 16'363.35 (bekl. act. 15 i.V.m. bekl. act. 28; bekl. act. 16-25) ergeben keinen Bruttolohn im Bereich des für das BVG-Obligatorium verlangten Mindestlohns. Für das Jahr 2003 bestehen damit unter dem Titel BVG keine Ansprüche des Klägers.