

BVGer C-106/2013 vom 23. Juli 2014

Bundesverwaltungsgericht, 2014-07-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-106_2013

FR: TAF C-106/2013 du 23 juillet 2014

IT: TAF C-106/2013 del 23 luglio 2014

Regeste

Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid des Kantons

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanz gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Dazu gehört auch das BFM, welches mit der Verweigerung der Zustimmung zum kantonalen arbeitsmarktlichen Vorentscheid eine Verfügung im erwähnten Sinne und daher ein zulässiges Anfechtungsobjekt erlassen hat. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor.

E. 1.2

Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.

E. 1.3

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 49 ff. VwVG).

E. 1.4

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Angelegenheit endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG).

E. 2

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und - sofern nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat - die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2013/33 E. 2 m.H.).

E. 3

Auf Beschwerdeebene werden von der Rechtsvertreterin verschiedene Beweismassnahmen (Partieverhör, Einvernahme dreier Ballettlehrerinnen und eines Angehörigen eines Fachverbandes als Auskunftspersonen oder Zeuginnen bzw. Zeugen, amtliche

Erkundigungen beim Berufsverband "danse suisse") beantragt. Über die entsprechenden Verfahrensanträge wurde bislang nicht befunden. Wie der Beschwerdeführerin bereits mit Zwischenverfügung vom 17. Januar 2013 mitgeteilt worden war, kann der Entscheid über die Beweisanträge bei nicht anfechtbaren Entscheiden aber ohnehin im Endurteil erfolgen (vgl. Waldmann/Bickel, in: Praxiskommentar VwVG, 2009, Art. 33 N. 36).

E. 3.1

Im Verwaltungsverfahren gilt das Untersuchungsprinzip (Art. 12 ff. VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Die Behörden sorgen - unter Vorbehalt der Mitwirkungspflichten der Parteien - hierbei für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts (BGE 132 II 113 E. 3.2 S. 115). Das Verwaltungsrechtspflegeverfahren ist vom Grundsatz der Schriftlichkeit geprägt (Moser et al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.86 S. 183 m.H.) und ein Anspruch auf eine mündliche Anhörung besteht nicht (BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148). Sodann gilt in der Bundesverwaltungsrechtspflege der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP [SR 273]). Die Beweiswürdigung ist vor allem darin frei, dass sie nicht an bestimmte starre Beweisregeln gebunden ist, die dem Richter genau vorschreiben, wie ein gültiger Beweis zustande komme und welchen Beweiswert die einzelnen Beweismittel im Verhältnis zueinander haben (BGE 130 II 482 E. 3.2 S. 485 m.H.). Die Einvernahme von Zeuginnen und Zeugen ist nach Art. 14 VwVG im Übrigen nur unter der einschränkenden Voraussetzung anzuordnen, dass sich der Sachverhalt auf andere Weise nicht hinreichend abklären lässt (BGE 130 II 169 E. 2.3.3 und 2.3.4 S. 173), es handelt sich mithin um ein subsidiäres Beweismittel (siehe hierzu Christoph Auer, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Rz. 37 zu Art. 12, ferner Urteile des Bundesgerichts 1C_427/2008 vom 2. Februar 2009 E. 2.2 und 1C_254/2008 vom 15. September 2008 E. 4.2).

E. 3.2

Von den Parteien angebotene Beweise sind abzunehmen, sofern diese geeignet sind, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen (Art. 33 VwVG). Kommt die Behörde indes zur Überzeugung, die Akten erlaubten die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder die behauptete Tatsache sei für die Entscheidung der Streitsache nicht von Bedeutung, kann sie auf die Erhebung weiterer Beweise verzichten, ohne durch diese antizipierte Beweiswürdigung den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV zu verletzen (vgl. zum Ganzen BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236 m.H. oder Urteile des Bundesgerichts 1C_193/2010 vom 4. November 2010 E. 2.8 und 1C_460/2008 vom 3. Februar 2009 E. 3.1 m.H.).

E. 3.3

Im vorliegenden Fall erschliesst sich der entscheidungswesentliche Sachverhalt in hinreichender Weise aus den Akten. Was die Befragung der Beschwerdeführerin anbelangt, so erhielt diese vor Erlass der angefochtenen Verfügung und während des Rechtsmittelverfahrens verschiedentlich Gelegenheit, sich zu den relevanten Tatsachen schriftlich zu äussern. Ausser über ihre Parteivertreterin hat sie zudem dreimal (nämlich am 6. Juni 2012, 28. September 2012 und 14. Februar 2013) mit eigenen Eingaben zu den aus ihrer Sicht massgeblichen Themen (Vorrang bzw. kein Reservoir an geeigneten Fachkräften auf dem Schweizerischen Arbeitsmarkt und demjenigen der EU, Lohn- und Arbeitsbedingungen) Stellung genommen. Wesentlich neue Erkenntnisse wären bei einem

Parteiwörter nicht zu erwarten. Mit den in der Beschwerdeergänzung vom 20. Februar 2013 angeregten Befragungen dreier Leiterinnen von Ballettschulen sowie einer Verbandsperson (es handelt sich um den ehemaligen Präsidenten des jetzt bei "danse suisse" eingegliederten Schweizerischen Ballettlehrerverbandes) wiederum soll geklärt werden, ob eine Arbeitszeit von 30 Unterrichtsstunden pro Woche für eine Ballettlehrerin körperlich ohne Einbussen bei der Qualität der pädagogischen Leistung zu bewältigen sei. Hierzu wäre vorweg anzumerken, dass bereits in der persönlichen Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 14. Februar 2013 eine Zusammenfassung der Auskünfte jener vier Personen figuriert. Drei der oben erwähnten Rechtsschriftergänzung vom 20. Februar 2013 beigelegte Schreiben bestätigen jene Einschätzungen. Es besteht kein Grund zur Annahme, die fraglichen Personen wären nicht bereit, die gegebenenfalls von ihnen gewünschten Auskünfte zu erteilen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_427/2008 vom 2. Februar 2009 E. 2.2 und BGE 130 II 169 E. 2.3.3 S. 173). Mit besagten Verfahrensträgen soll im Übrigen in allererster Linie die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen belegt werden. Wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, brauchen die Voraussetzungen von Art. 22 AuG unter den konkreten Begebenheiten indes nicht materiell geprüft zu werden; ob sie erfüllt sind, ist für den Verfahrensausgang mithin nicht von Belang. Von den beantragten Beweisvorkehrungen, die wie dargetan (siehe E. 3.1 vorstehend) ohnehin nur ausnahmsweise in Frage kämen, kann somit in antizipierter Beweiswürdigung ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs abgesehen werden (BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236 f. m.H.). Analoges gilt mit Blick auf die verlangte amtliche Erkundigung bei "danse suisse", da hierbei wiederum die ort-, berufs- und branchenübliche Entlohnung sowie die Arbeitsbedingungen von Ballettlehrerinnen an Ballettschulen im Vordergrund stehen. Einer solchen ergänzenden Abklärung des Sachverhalts bedarf es in dieser Hinsicht nach dem Gesagten nicht, sieht man einmal davon ab, dass sich von "danse suisse" in den Akten schon entsprechende (wiewohl in Zweifel gezogene) Empfehlungen und Richtwerte finden. Auch diesem Beweisanspruch ist daher nicht stattzugeben.

E. 3.4

In der Beschwerdeschrift, wie auch der Replik, wird der Vorinstanz sodann rechtsmissbräuchliches Vorgehen vorgeworfen. Konkret behauptet die Parteivertreterin, das BFM habe ihr anlässlich eines Telefonats vom 26. September 2012 signalisiert, aufgrund der Branchenkenntnisse der Beschwerdeführerin könne eine entsprechende Bestätigung von ihr zur Arbeitsmarktlage in den betroffenen Gebieten für den Nachweis von Suchbemühungen ausreichen. Mit Eingabe vom 12. Oktober 2012 sei dann eine solche Bestätigung vorgelegt worden. Dennoch werde in der angefochtenen Verfügung nunmehr argumentiert, aus den eingereichten Unterlagen könnten keine echten Suchbemühungen abgeleitet werden, was nicht angehe. Aus den Akten ergibt sich in dieser Hinsicht folgendes Bild: Mittels E-Mail-Nachricht verlangte die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin über das AWA am 17. September 2012 ergänzende Angaben zu verschiedenen ungeklärten Aspekten des Beschäftigungsgesuches und setzte ihr hierzu Frist bis zum 28. September 2012. Unter Bezugnahme auf ein Telefonat zwischen der Parteivertreterin und dem BFM vom 26. September 2012 gewährte das Bundesamt gleichentags eine Fristerstreckung bis zum 15. Oktober 2012. Diese wiederum auf elektronischem Weg ergangene Mitteilung enthielt den Passus, die Beschwerdeführerin erhalte bis dahin die Möglichkeit, sich zu den vier in der E-Mail vom 17. September 2012 erwähnten Punkten zu äussern "sowie weitere Belege und objektivierbare Unterlagen einzureichen" (act. 49 u. 50 der BFM-Akten). Einer dieser vier Punkte betraf das Prinzip des Vorranges gemäss Art. 21 AuG (konkreter

Vorwurf: keine Suchbemühungen belegt). Am 10. Oktober 2012 reichte die Parteivertreterin - unter ausdrücklichem Verweis auf die E-Mails vom 17. September 2012 und 26. September 2012 - eine Stellungnahme und als Beilage eine Einschätzung der Beschwerdeführerin vom 28. September 2012 zur Arbeitsmarktlage in ihrem Fachgebiet ein. Nach nochmaligen Erkundigungen bei "danse suisse" erfolgte am 1. November 2012 die formlose Ablehnung des Gesuches; dies geschah - unter anderem, aber nicht nur - mit der Begründung der fehlenden Stellenausschreibungen (siehe ergänzend Sachverhalt Bst. B vorstehend). In der Folge wurde direkt der Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung verlangt. Woraus bei der dargelegten Vorgehensweise ein rechtsmissbräuchliches oder sonst wie unangemessenes behördliches Verhalten abgeleitet werden könnte, bleibt unerfindlich. Selbst wenn die telefonische Auskunft im behaupteten Sinne verstanden wird, lässt sich die vorinstanzliche Verfahrensführung im Kontext der erörterten E-Mail-Nachrichten vom 17. September 2012, 26. September 2012 und 1. November 2012 (formlose Ablehnung des Gesuches) nicht beanstanden.

E. 4

Als japanische Staatsangehörige untersteht B. _____ weder dem Freizügigkeitsabkommen (FZA, SR 0.142.112.681) noch dem Abkommen zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation vom 21. Juni 2001 (EFTA-Übereinkommen, SR 0.632.31). Ihre Zulassung zum Arbeitsmarkt als sog. Drittstaatsangehörige richtet sich daher nach dem Ausländergesetz (Art. 2 AuG) und dessen Ausführungsverordnungen, insbesondere der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201).

E. 5.1

Streitgegenstand ist die Zustimmung zur Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung. Eine solche wird für befristete Aufenthalte bis zu einem Jahr erteilt und ist nur beschränkt verlängerbar (Art. 32 AuG). Arbeitsmarktlich gelten grundsätzlich dieselben Voraussetzungen wie bei der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung: Vor der Erteilung der Bewilligung zur Erwerbstätigkeit hat die kantonale Behörde in Form eines arbeitsmarktlichen Vorentscheides über das Vorliegen der Voraussetzungen zur Ausübung einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit nach Art. 18 bis 25 AuG zu befinden (Art. 83 Abs. 1 Bst. a VZAE). Dieser Vorentscheid ist dem BFM zur Zustimmung zu unterbreiten (Art. 85 Abs. 2 VZAE). Sind die Zulassungsvoraussetzungen nicht erfüllt, wird die Zustimmung verweigert (Art. 86 Abs. 2 Bst. a VZAE). Der Entscheid des BFM ergeht in Ausübung einer originären Sachentscheidungskompetenz des Bundes ohne Bindung an die Beurteilung durch die kantonale Behörde (vgl. BGE 127 II 49 E. 3a oder BVGE 2011/1 E. 5.2 je m.H.). Unabhängig vom Umstand, dass das AWA hier vom Erfordernis des Nachweises von Suchbemühungen absah, durfte das BFM die kantonale Zustimmung also frei und umfassend überprüfen (unmissverständlich in dieser Hinsicht das Urteil des Bundesgerichts 2C_505/2013 vom 4. Oktober 2013 E. 3 m.H.).

E. 5.2

Gemäss Art. 18 AuG setzt die Zulassung zur unselbständigen Erwerbstätigkeit voraus, dass diese dem gesamtwirtschaftlichen Interesse entspricht (Bst. a), das Gesuch eines Arbeitgebers vorliegt (Bst. b) und die Voraussetzungen nach Art. 20 bis 25 AuG erfüllt sind (Bst. c). Dazu gehören die Begrenzungsmaßnahmen (Art. 20 AuG), die Respektierung des Vorrangs bestimmter Arbeitnehmerkategorien (Art. 21 AuG), die Einhaltung der üblichen

Lohn- und Arbeitsbedingungen (Art. 22 AuG), das Vorliegen bestimmter persönlicher Voraussetzungen bei der ausländischen Person, um deren Zulassung es geht (Art. 23 AuG), die Existenz einer bedarfsgerechten Wohnung (Art. 24 AuG) sowie besondere Regeln für Grenzgänger (Art. 25 AuG).

E. 5.3

Art. 21 AuG regelt den Vorrang von inländischen Arbeitskräften und solchen aus dem EU/EFTA-Raum. Nach dessen Abs. 1 können Drittstaatsangehörige zum schweizerischen Arbeitsmarkt nur dann zugelassen werden, wenn nachgewiesen wird, dass keine dafür geeigneten Erwerbstätigen aus der Schweiz oder einem EU/EFTA-Staat, mit welchem ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde, gefunden werden können. Für Ausländerinnen und Ausländer mit Schweizer Hochschulabschluss gilt eine spezielle Regelung (Art. 21 Abs. 3 AuG [vgl. Änderung vom 18. Juni 2010, AS 2010 5957]). Eine Anstellung ist ferner nur möglich, wenn die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden (Art. 22 AuG). Aufenthaltsbewilligungen an Drittstaatsangehörige können sodann nur Führungskräften, Spezialisten und anderen qualifizierten Arbeitskräften erteilt werden (Art. 23 Abs. 1 AuG). Zusätzlich müssen die berufliche Qualifikation, die berufliche und soziale Anpassungsfähigkeit, die Sprachkenntnisse und das Alter eine nachhaltige Integration in den schweizerischen Arbeitsmarkt und das gesellschaftliche Umfeld erwarten lassen (Art. 23 Abs. 2 AuG). Dieses duale System zu Gunsten von Schweizerinnen und Schweizern sowie Angehörigen der EU/EFTA-Staaten wird lediglich in einigen Ausnahmefällen durchbrochen (vgl. Art. 23 Abs. 3 AuG; BVGE 2011/1 E. 5.5).

E. 6.1

Streitig ist, ob die Voraussetzungen der Art. 18 sowie Art. 21 - 23 AuG erfüllt sind. Deren Vorliegen kann nicht leichthin angenommen werden, soll die Absicht des Gesetzgebers verwirklicht werden, die Zuwanderung aus dem Nicht-EU/EFTA-Raum restriktiv zu gestalten, dem gesamtwirtschaftlichen Interesse unterzuordnen und an den übergeordneten integrations-, gesellschafts- und staatspolitischen Zielen zu orientieren. Weder sollen eine Strukturhaltung durch wenig qualifizierte Arbeitskräfte mit tiefen Löhnen gefördert, noch Partikularinteressen innerhalb der Wirtschaft geschützt werden. Die arbeitsmarktlich motivierte Zuwanderung soll auf die langfristige Integration der Zuwanderer ausgerichtet sein und zu einer ausgeglichenen Beschäftigung und einer Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur führen (vgl. BVGE 2011/1 E. 6.1; Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3724 ff.).

E. 6.2

B._____ war 2005/06 erstmals im Besitze einer Kurzaufenthaltsbewilligung für Schüler und Studenten. In diesem Rahmen besuchte sie die Kantonsschule Oerlikon. Im Jahre 2007 kehrte sie in die Schweiz zurück, um sich zur Balletttänzerin und Tanzpädagogin ausbilden zu lassen. Hierfür erteilte ihr der Kanton Zürich wiederum eine entsprechende Kurzaufenthaltsbewilligung, welche regelmässig verlängert wurde, letztmals bis zum 14. August 2013. Einen Teil der Ausbildung (Ballettpädagogik in der sog. russischen Methode) absolvierte sie an der Ballettschule der Beschwerdeführerin (siehe auch Lebenslauf [act. 20 u. 21 der vor-instanzlichen Akten] oder Bestätigung der Arbeitgeberin vom 6. Juni 2012 [act. 23 der BFM-Akten]). Unbestritten ist, dass sich aus dem Aufenthalt von B._____ als Schülerin bzw. Auszubildende kein Anspruch auf Erteilung einer

Kurzaufenthaltsbewilligung nach Art. 32 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 19 VZAE ableiten lässt. Der Aufenthaltswitzweck war mit dem Abschluss ihrer Ausbildung vielmehr erfüllt. Gegenstand des jetzigen Beschäftigungsgesuches bildet ein neues Verfahren mit einem anderen Aufenthaltswitzweck (Art. 54 VZAE); hierin wird ausschliesslich geprüft, ob die in Art. 18 ff. AuG aufgelisteten Zulassungsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 40 Abs. 2 AuG i.V.m. Art. 83 ff. VZAE).

E. 6.3

Bei der Beschwerdeführerin ihrerseits handelt es sich um eine Tänzerin und Tanzpädagogin mit umfassender Ausbildung und langjähriger Berufserfahrung in beiden Bereichen. Sie ist Schulleiterin und Inhaberin des "Ballett-Center A. _____" in Zürich. Wie eben erwähnt, hat sie B. _____ teilweise ausgebildet und möchte sie nun als Ballettlehrerin an ihrer Ballettschule anstellen. Da die Beschwerdeführerin ihr Arbeitspensum reduzieren, d.h. nicht mehr so viel unterrichten will, hat sie mit der Arbeitnehmerin einen entsprechenden, unbefristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen. Im Vordergrund der Tätigkeit stünde das Unterrichten von Kindern zwischen drei und acht Jahren in Hobbyklassen (Schülerinnen und Schüler, welche ohne professionelle Ambitionen Tanzstunden nehmen). Weil an der Ballettschule auch immer wieder japanische Kinder eingeschrieben sind, legt die Arbeitgeberin besonderen Wert auf Kenntnisse der japanischen Sprache. Gemäss Arbeitsvertrag würde B. _____ ein Vollpensum aufnehmen und die wöchentliche Arbeitszeit zirka 30 Stunden betragen. Rund 20 Stunden wären für die Erteilung von Ballettunterricht vorgesehen, die restliche Zeit entfielen auf die Stellvertretung und Assistenz der Schulleiterin, die Betreuung der japanisch sprechenden Schüler sowie die Korrespondenz in Japanisch. Im Verlaufe des Gesuchsverfahrens hat die Beschwerdeführerin den ursprünglichen, dem Beschäftigungsgesuch angefügten Arbeitsvertrag in einzelnen Punkten angepasst (die erste Version enthielt beispielsweise einen Fixlohn pro Unterrichtsstunde anstatt wie üblich ein garantiertes Bruttomonatsgehalt) und am 29. Oktober 2012 nochmals einreichen lassen. Auf Suchbemühungen wurde vorerst verzichtet. Soweit ersichtlich, geschah dies im Einverständnis mit dem AWA. Als Reaktion auf beim BFM eingeholte Auskünfte legte die Arbeitgeberin später eine vom 28. September 2012 datierende persönliche Einschätzung zur Arbeitsmarktsituation ins Recht. Ungefähr zwei Wochen nach Erlass der angefochtenen Verfügung liess sie die zu besetzende Stelle am 7. Dezember 2012 nachträglich auf der Website von "danse suisse" aufschalten. Auf diese Stellenausschreibung gingen vier Bewerbungen ein, wobei keine vollumfänglich dem Stellenprofil entsprochen haben soll. Sie wurden am 9. Januar 2013 zusammen mit der Rechtsmitteleingabe beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht. Im dargelegten Kontext gilt es die Vorbringen der Beschwerdeführerin einer Würdigung zu unterziehen.

E. 6.4

Was die Zulassungsvoraussetzungen von Art. 18 ff. AuG anbelangt, stützt sich die Vorinstanz, wiewohl explizit erst in der ergänzenden Vernehmlassung, auf die Weisungen des BFM im Ausländerbereich (nachfolgend: Weisungen, online unter: www.bfm.admin.ch > Dokumentation > Rechtliche Grundlagen > Weisungen und Kreisschreiben > I. Ausländerbereich > 4 Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit, Stand 25. Oktober 2013). Das Bundesverwaltungsgericht ist zwar nicht an diese Weisungen gebunden. Es weicht jedoch nicht ohne stichhaltigen Grund von der auf die Weisungen gestützten Ermessensausübung der Vorinstanz ab, zumal die Weisungen einer rechtsgleichen Behandlung der Betroffenen dienen und eine dem Einzelfall angepasste Auslegung der anwendbaren Rechtsnormen

zulassen. Zurückhaltung rechtfertigt sich namentlich, wenn Weisungen unter Mitwirkung der interessierten Fachverbände verfasst wurden und deshalb die Vermutung eines sachgerechten Interessenausgleichs für sich beanspruchen können (vgl. BVGE 2011/1 E. 6.4 m.H.).

E. 7

Einen zentralen Punkt für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache bildet vorliegend der Vorrang nach Art. 21 AuG.

E. 7.1

B. _____ kommt weder in den Genuss des Vorranges noch ist sie aufgrund von Art. 21 Abs. 3 AuG davon ausgenommen, weshalb ihre Zulassung erst möglich wäre, wenn für die Vakanz bei der Beschwerdeführerin weder einheimische Erwerbstätige noch solche aus dem EU/EFTA-Raum rekrutiert werden könnten (siehe E. 5.3 weiter vorne). Das Prinzip des Vorranges nach Art. 21 AuG ist in jedem Fall und unabhängig von der Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage zu beachten. Hierbei muss die Arbeitgeberin belegen, dass sie trotz umfassender Suchbemühungen keine geeigneten Arbeitskräfte aus dem Inland oder einem EU/EFTA-Staat finden konnte. Sie hat den Nachweis zu erbringen, die Stelle vergeblich über die branchenüblichen Rekrutierungskanäle - z.B. durch Inserate in der Fach- und Tagespresse oder mittels elektronischer Medien - ausgeschrieben zu haben. Wichtige Instrumente stellen auch die öffentliche und private Arbeitsvermittlung dar. Verlangt werden inhaltlich zweckmässige und echte Bemühungen über einen angemessenen Zeitraum hinweg, die Stelle mit Leuten aus den Vorrang genießenden Gebieten zu besetzen. Es reicht insbesondere nicht aus, wenn derartige Suchbemühungen als blosser Erforderniserbringung erfolgen. Zudem dürfen Personen mit Vorrang nicht aufgrund fachlich nicht relevanter Kriterien praktisch ausgeschlossen werden. Als Beispiel zu nennen sind etwa für einen Tätigkeitsbereich nicht zwingend erforderliche Sprachkenntnisse, Auslandsaufenthalte oder Nachweise über Fachkenntnisse, die nur einen geringen Zusammenhang mit dem Tätigkeitsbereich haben (vgl. BVGE 2011/1 E. 6.3; Ziff. 4.3.2.2 der Weisungen; Urteil des BVGer C-1123/2013 vom 13. März 2014 E. 6.4).

E. 7.2

Wie aus dem Sachverhalt hervorgeht, wurden anfänglich überhaupt keine Suchbemühungen unternommen. Den Akten kann in diesem Zusammenhang einzig eine Bestätigung der Beschwerdeführerin vom 28. September 2012 entnommen werden, wonach weder auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt noch demjenigen der EU eine Tanzlehrerin mit den verlangten Befähigungen zu finden sei. Nachträglich wurde die zu besetzende Stelle auf der Website von "danse suisse" ausgeschrieben. Dies geschah ab dem 7. Dezember 2012 während rund eines Monats. In dieser Zeit gingen laut Parteivertreterin vier Bewerbungen ein; es habe sich jedoch keine geeignete Kandidatur darunter befunden. Der vorinstanzlichen Auffassung, dass die genannten Rekrutierungsbemühungen unzureichend sind, ist beizupflichten. Bei der betreffenden Bestätigung der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine Meinungsäusserung einer direkt betroffenen Partei. Obwohl ihre Branchenkenntnisse keineswegs in Abrede gestellt werden, eignet sich eine solche persönliche Einschätzung für sich allein nicht als objektivierbarer Nachweis für einen Mangel an Ballettlehrerinnen in der Schweiz und im EU/EFTA-Raum. Die späteren Suchbemühungen beschränkten sich derweil auf ein einziges branchenspezifisches Medium (Schweizer Berufsverband "danse suisse") und eine Zeitspanne von gerade mal einem

Monat. Für die Zeit nach der Einreichung der Beschwerdeschrift (9. Januar 2013) sind jedenfalls keine weiteren Stellenausschreibungen dokumentiert. Dies erweist sich als ungenügend, werden gemäss ständiger Praxis doch in geografischer wie fachlicher Hinsicht ausgedehntere Suchbemühungen verlangt. Des Weiteren sind die aktenkundigen Anstrengungen, was die benutzten Rekrutierungskanäle anbelangt, zu wenig umfassend, vor allem aber sind sie auch in zeitlicher Hinsicht unzureichend (siehe ebenfalls E. 7.1 hiervor). Die Bedingungen des Vorranges nach Art. 21 Abs. 1 AuG sind nur schon von daher nicht eingehalten.

E. 7.3

Suchbemühungen sind grundsätzlich während eines angemessenen Zeitraums vor Unterzeichnung eines Anstellungsvertrages mit einer nach-gesuchten Person vorzunehmen. Dafür, dass nicht ernsthaft versucht wurde, die Stelle mit einer qualifizierten Arbeitskraft aus einem den Vorrang genießenden Gebiet zu besetzen, spricht diesbezüglich, dass die erste Fassung des Arbeitsvertrages vom 6. September 2012 datiert und auch die überarbeitete zweite Version von beiden Vertragsparteien unterzeichnet schon am 24. Oktober 2012 vorlag, mithin einige Zeit bevor überhaupt irgendwelche Stelleninserate geschaltet worden sind. Wohl scheint der erste Vertragsabschluss mit dem AWA abgesprochen gewesen zu sein, spätestens vom 17. September 2012 an (siehe die E-Mail-Nachricht des BFM) war sich die Beschwerdeführerin indes der Wichtigkeit und Unerlässlichkeit konkreter Suchbemühungen bewusst. Dennoch begnügte sie sich in der Folge mit geringfügigen Anpassungen des Arbeitsvertrages, was zur Annahme berechtigt, sie habe sich zum vorneherein auf B. _____ festgelegt. Auch die erst zwei Wochen nach Erlass der angefochtenen Verfügung veranlasste Ausschreibung deutet darauf hin, dass vordringlich die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an die Wunschkandidatin angestrebt wurde. Wegen der vergleichsweise kurzen Zeitspanne, in welcher eine andere Person gesucht wurde und der offenkundigen Ausrichtung des Stellenprofils auf die Fähigkeiten von B. _____ (vgl. E. 7.4 - 7.7 hiernach) erweckt jenes Stelleninserat denn den Eindruck, nicht viel mehr als eine Formalie zu sein. Aufgrund dessen ist davon auszugehen, dass die fraglichen Suchbemühungen primär als blosser Erforderniserbringung erfolgten (vgl. Ziff. 4.3.2.2 der Weisungen) und von der Vorinstanz folglich zu Recht als ungenügend eingestuft wurden.

E. 7.4

Das BFM beanstandet ferner die dem nachträglich durchgeführten Selektionsverfahren zu Grunde gelegten, eng definierten fachlichen und personenbezogenen Anforderungen. Im Stelleninserat, welches ab dem 7. Dezember 2012 während rund eines Monats auf der Homepage von "danse suisse" erschien, wird eine Ballettlehrerin für eine Vollzeitstellung gesucht. Der Aufgabenbereich umfasst den Ballettunterricht für Kinder von 8 bis 13 Jahren und die Assistenz der Schulleiterin bei Profiklassen im Gruppenunterricht. Als Voraussetzungen für die Stellenbesetzung betrachtet werden gute Kenntnisse der russischen Schule und des R.A.D. - Systems sowie eine abgeschlossene Ausbildung zur klassischen Tänzerin und Lehrerin. Erwartet werden ausserdem das Beherrschen der deutschen, englischen und japanischen Sprache (fliessend in allen drei Sprachen, wenn möglich mit Schweizerdeutsch) und Erfahrung in Kindertanzpädagogik (zum Ganzen siehe act. 153 der Vorakten). In den Augen der Beschwerdeführerin ist schlicht nur B. _____ diesem hohen Anforderungsprofil gewachsen. Die drei Bewerberinnen und der Bewerber wurden hauptsächlich abgelehnt, weil sie keine hinreichend fundierte tanzpädagogische Ausbildung

in der von der Schulleiterin vertretenen Lehrmethodik bzw. -schule vorzuweisen vermochten und sie alle der japanischen Sprache nicht mächtig waren. Hinzu kamen an dieser Stelle nicht näher zu erörternde sonstige Ablehnungsgründe.

E. 7.5

Ein Hindernis für die Anstellung einer geeigneten Person bildete - wie eben erwähnt - die verlangte Vertrautheit mit der russischen Methode und dem englischen R.A.D. - System. Dem gilt es dagegen zu halten, dass beide Ausbildungsrichtungen international weit verbreitet und anerkannt sind (bezüglich der Erkenntnisse des BFM über die R.A.D. vgl. beispielsweise act. 145 - 152 der vorinstanzlichen Akten). Insofern erscheint kaum nachvollziehbar, warum sich keine qualifizierte Lehrkraft aus der Schweiz oder dem EU/EFTA-Raum finden lassen sollte. Der Einwand der Parteivertreterin, dass hierzulande nur 24 Personen von der R.A.D. registriert seien, greift zu kurz und macht deutlich, dass ihre Mandantin den Fokus bei der Suche auf die Schweiz und das benachbarte Ausland legte. Die lediglich ein einziges Mal über ein Schweizer Portal publizierte Ausschreibung - noch dazu über die Feiertage - bestätigt dies. Dementsprechend meldeten sich auf das Inserat hin nur drei im Inland ansässige Interessenten sowie eine Kandidatin, die in Süddeutschland wohnt. Kommt hinzu, dass die ohnehin strengen Anforderungen auf Beschwerdeebene gegenüber dem Stellenbeschrieb in unzulässiger Weise hochgeschraubt wurden, wird nunmehr doch "eine fundierte tanz/pädagogische Ausbildung im russischen System " verlangt. Vor diesem Hintergrund kann davon ausgegangen werden, dass es bei zeitlich, geografisch und inhaltlich zweckmässigen und angemessenen Suchbemühungen (siehe E. 7.1 und 7.2 weiter vorne) durchaus möglich wäre, die Vakanz mit einer die fraglichen Lehrmethoden praktizierenden Person aus den Vorrang genießenden Gebieten zu besetzen; zu denken wäre etwa an Ballettlehrerinnen oder Ballettlehrer aus baltischen Staaten oder osteuropäischen Ländern. Branchenspezifische Eigenheiten schliesslich (es existiert in der Schweiz zur Zeit keine reglementierte Berufslehre für den Bereich der Tanzpädagogik mit Abschluss in Form eines eidgenössischen Fähigkeitsausweises) sind nicht über eine einzelfallweise gelockerte Zulassungspraxis auszugleichen. Abgesehen davon sind bislang auch keine Branchenverbände mit derartigen Anliegen an die Vorinstanz gelangt, was ebenfalls gegen einen Mangel auf dem hiesigen Arbeitsmarkt spricht. Aus diesen Gründen lassen es die ausländerrechtlichen Vorschriften nicht zu, die Suchbemühungen im praktizierten Sinne einzuschränken.

E. 7.6

Eine weitere wichtige Hürde für die Rekrutierung stellten die fehlenden Japanischkenntnisse der übrigen Bewerberinnen und des Bewerbers dar (gemäss Rechtsvertreterin ein "Alleinstellungsmerkmal"). Wie an anderer Stelle dargetan, ergeben sich die Voraussetzungen für die Zulassung zum schweizerischen Arbeitsmarkt aus dem Wortlaut des Gesetzes und den vorinstanzlichen Weisungen. Besondere Sprachkenntnisse und der kulturelle Hintergrund mögen eine Person für eine bestimmte Funktion als besonders geeignet auszeichnen, im vorliegenden Zusammenhang erweist sich dies jedoch als irrelevant. Ausschlaggebend sind vielmehr objektive bzw. objektivierbare Kriterien, mit anderen Worten müssen die betreffenden Kenntnisse oder Eigenschaften für den vorgesehenen Tätigkeitsbereich zwingend erforderlich sein. Dementsprechend können Kenntnisse bestimmter Fremdsprachen normalerweise nicht als ein prägendes Merkmal der zu besetzenden Stelle angesehen werden (BVG 2011/1 E. 6.7; Ziff. 4.3.2.2 der Weisungen; zuletzt Urteil des BVGer C-1123/2013 vom 13. März 2014 E. 6.7.1).

E. 7.7

Gemäss den Gesuchsunterlagen geht es um die unbefristete Anstellung einer Arbeitnehmerin als Ballettlehrerin. Für den Kernbereich der ausgeschriebenen Tätigkeit - das Unterrichten von Kindern in Hobbyklassen und die Assistenz bei der Betreuung von Profiklassen an einer Ballettschule im deutschsprachigen Raum - braucht es objektiv betrachtet keine Japanischkenntnisse. Wohl mögen spezielle Sprachkenntnisse oder ein spezifischer kultureller Hintergrund eine Bewerberin oder einen Bewerber, wie eben angetönt, als in besonderem Masse geeignet erscheinen lassen; solche Kompetenzen können - bezogen auf die Vakanz - indessen nicht als eine dem gängigen Berufsbild entsprechende Anforderung qualifiziert und als zusätzlich zulässiges Merkmal berücksichtigt werden. Es kann hierzu ergänzend auf die Ausführungen in den beiden Vernehmlassungen verwiesen werden. Anzumerken wäre, dass die Kommunikation mit der internationalen Kundschaft gegebenenfalls in Englisch erfolgen kann. Auch Kinder japanischer Herkunft, die sich mit ihren Eltern längere Zeit im deutschsprachigen Raum aufhalten, sind erfahrungsgemäss im Stande, sich in dieser Sprache (wenn nicht sogar auf deutsch) zu verständigen. Die verlangten Kenntnisse der japanischen Sprache zählen deshalb vorliegend nicht zu den Elementen, derer es zwingend bedarf, um die vorgesehene Funktion an einer hiesigen Ballettschule der beschriebenen Art wahrnehmen zu können.

E. 7.8

Zusammenfassend scheidet die Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid schon daran, dass die Beschwerdeführerin nicht nachzuweisen vermag, dass für die Stelle keine geeignete Arbeitskraft aus dem Inland oder einem EU/EFTA-Staat gefunden werden konnte.

E. 8

Mit der Nichtbeachtung des Prinzips des Vorranges würde sich die Prüfung der weiteren Voraussetzungen erübrigen. Der Vollständigkeit halber rechtfertigt es sich trotzdem, zumindest näher auf das gesamtwirtschaftliche Interesse gemäss Art. 18 Bst. a AuG einzugehen.

E. 8.1

Das Erfordernis des gesamtwirtschaftlichen Interesses gemäss Art. 18 Bst. a AuG dient der qualitativen Steuerung der Migration im Hinblick auf eine den Interessen der Schweiz untergeordnete Migrationspolitik; sein Vorliegen darf nicht leichthin angenommen werden (vgl. Urteile des BVGer C-3518/2011 vom 16. Mai 2013 E. 5.1 und C-857/2013 vom 19. Mai 2014 E. 8.3 je m.H.). Gemäss Art. 3 Abs. 1 AuG sind die Chancen für eine nachhaltige Integration in den Arbeitsmarkt sowie in das soziale und gesellschaftliche Umfeld ausschlaggebend; die kulturellen und wissenschaftlichen Bedürfnisse der Schweiz sind angemessen zu berücksichtigen. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Zulassung im gesamtwirtschaftlichen Interesse liegt, sind insbesondere die jeweilige Arbeitsmarktsituation, die nachhaltige Wirtschaftsentwicklung und die Integrationsfähigkeit zu berücksichtigen. Es soll weder eine Strukturhaltung erfolgen, noch sollen Partikularinteressen unterstützt werden. Ebenso gilt es zu vermeiden, dass die inländischen Arbeitskräfte in unerwünschtem Mass konkurrenziert werden und dass Lohn- und Sozialdumping entstehen (vgl. Ziff. 4.3.1 Weisungen).

E. 8.2

Die Parteivertreterin argumentiert in diesem Zusammenhang mit dem Renommee des Ballett-Centers und der Wichtigkeit, die Schule ihrem Ruf entsprechend zu erhalten. Hierbei wird verkannt, dass es vorliegend nicht direkt um die Schule bzw. die Position der Beschwerdeführerin geht, sondern die Beschäftigung von B. _____ im Vordergrund steht. In der Anstellung einer Tanzpädagogin an einer privaten Ballettschule kann nun aber kein breit abgestütztes öffentliches Interesse im Sinne eines wirtschaftlich begründeten Bedarfs erblickt werden. Vielmehr handelt es sich um eine sich bietende Gelegenheit, da sich Arbeitgeberin und Arbeitnehmerin seit ein paar Jahren kennen. Eine Zulassung von B. _____ führte insoweit zu einer unerwünschten Konkurrenzierung inländischer Arbeitskräfte. Offen bleiben mag, ob die Partikularinteressen der Beschwerdeführerin darüber hinaus nicht auch durch die konkrete Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses gefördert würden. Mit dem Hinweis auf die Steuerpflicht und die Leistung von Sozialabgaben - notabene einer Einzelperson - kann der Nachweis eines gesamtwirtschaftlichen Nutzens schliesslich ebenfalls nicht erbracht werden. Solche Faktoren können folglich nicht berücksichtigt werden. Auch das gesamtwirtschaftliche Interesse (Art. 18 Bst. a AuG) steht einer Zulassung von B. _____ zum hiesigen Arbeitsmarkt mit anderen Worten entgegen.

E. 8.3

Bei dieser Sachlage braucht nicht geprüft werden, ob die Lohn- und Arbeitsbedingungen (Art. 22 AuG) eingehalten und die persönlichen Voraussetzungen (Art. 23 AuG) erfüllt worden sind.

E. 9

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt und den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig feststellt; sie ist auch angemessen (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

E. 10

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.