

BVGer C-2485/2011 vom 11. April 2013

Bundesverwaltungsgericht, 2013-04-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-2485_2011

FR: TAF C-2485/2011 du 11 avril 2013

IT: TAF C-2485/2011 del 11 aprile 2013

Regeste

Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid des Kantons

Erwägungen

E. 1.1

Verfügungen des BFM betr. Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid der kantonalen Arbeitsmarktbehörde unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31 ff. des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

E. 1.2

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 1.3

Der Beschwerdeführer ist als Adressat 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. 2

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und - soweit nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat - die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Recht 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 2011/1 E. 2 S. 4 mit Hinweis).

E. 3

Als Staatsangehöriger Kasachstans untersteht der Beschwerdeführer weder dem Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA, SR 0.142.112.681) noch dem Abkommen zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) vom 21. Juni 2001 (EFTA-Übereinkommen, SR 0.632.31). Seine Zulassung zum schweizerischen Arbeitsmarkt als sogenannter Drittstaatsangehöriger

richtet sich deshalb nach dem Ausländergesetz und dessen Ausführungsverordnungen, insbesondere der VZAE.

E. 4.1

Vor der erstmaligen Erteilung einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt, hat die kantonale Behörde in Form eines arbeitsmarktlichen Vorentscheides darüber zu befinden, ob die Voraussetzungen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nach Art. 18 bis 25 AuG erfüllt sind (Art. 83 Abs. 1 Bst. a VZAE). Der Vorentscheid ist dem BFM zur Zustimmung zu unterbreiten (Art. 85 Abs. 2 VZAE). Dieses kann die Zustimmung verweigern oder mit Bedingungen verbinden (Art. 86 Abs. 1 VZAE). Sind die Zulassungsvoraussetzungen nicht erfüllt oder stehen der Bewilligungserteilung Widerrufsgründe nach Art. 62 AuG entgegen, wird die Zustimmung verweigert (Art. 86 Abs. 2 Bst. a VZAE). Zu den Widerrufsgründen zählt namentlich die Nichterfüllung von Bedingungen (Art. 62 Abs. d AuG). Das BFM entscheidet über die Zustimmung in Ausübung einer originären Sachentscheidungskompetenz des Bundes ohne Bindung an die Beurteilung der Bewilligungssache durch die kantonale Behörde (BGE 127 II 49 E. 3a, BGE 120 Ib 6 E. 3; ferner BVGE 2011/1 E. 5.2 mit Hinweisen).

E. 4.2

Gemäss Art. 18 AuG setzt die Zulassung einer ausländischen Person zur unselbständigen Erwerbstätigkeit voraus, dass diese dem gesamtwirtschaftlichen Interesse entspricht (Bst. a), das Gesuch eines Arbeitsgebers vorliegt (Bst. b) und die Voraussetzungen nach Art. 20 bis 25 AuG erfüllt sind. Die Zulassung einer ausländischen Person zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit ist gemäss Art. 19 AuG auch davon abhängig, dass dies dem gesamtwirtschaftlichen Interesse entspricht (Bst. a). Sodann müssen die für die selbständige Erwerbstätigkeit notwendigen finanziellen und betrieblichen Voraussetzungen vorhanden sein (Bst. b) und die Voraussetzungen nach Art. 20 sowie 23 bis 25 vorliegen (Bst. c).

E. 5

Gegenstand des Verfahrens bildet der arbeitsmarktliche Vorentscheid des Kantons Schwyz zur Umwandlung der Kurzaufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers in eine Aufenthaltsbewilligung. Von zentraler Bedeutung ist dabei, ob die Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers im gesamtwirtschaftlichen Interesse der Schweiz liegt bzw. ob der Umwandlung in eine Aufenthaltsbewilligung die Nichterfüllung von Bedingungen entgegensteht, die dem Beschwerdeführer mit Blick auf das gesamtwirtschaftliche Interesse auferlegt wurden.

E. 6.1

Art. 18 Bst. a AuG und Art. 19 Bst. a AuG machen die Zulassung ausländischer Personen zur unselbständigen und selbständigen Erwerbstätigkeit vom Vorliegen eines gesamtwirtschaftlichen Interesses abhängig. Das Tatbestandselement des "gesamtwirtschaftlichen Interesses" gehört zur Kategorie der unbestimmten Rechtsbegriffe, deren Auslegung und Anwendung grundsätzlich der freien richterlichen Kognition unterliegt (Art. 49 VwVG). Im vorliegenden Kontext verhält es sich jedoch anders. Der unbestimmte Rechtsbegriff des gesamtwirtschaftlichen Interesses soll bei der Umsetzung des gesetzgeberischen Normprogramms den ökonomischen Sachverstand einer spezialisierten Verwaltungsbehörde dienstbar machen und gleichzeitig angesichts der sich rasch wandelnden Verhältnisse die notwendige Flexibilität sicherstellen. Der Verwaltungsbehörde ist daher bei der Handhabung des Erfordernisses des

gesamtwirtschaftlichen Interesses ein relativ erheblicher Beurteilungsspielraum einzuräumen, in den der Richter nicht eingreift, solange diese Handhabung als vertretbar erscheint (vgl. etwa Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich / St. Gallen 2010, Rz. 446c und 446d mit Hinweisen; René Wiederkehr / Paul Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, Bern 2012, Rz. 1430 ff. mit zahlreichen Hinweisen).

E. 6.2

Das Erfordernis des gesamtwirtschaftlichen Interesses dient der qualitativen Steuerung der Migration erwerbstätiger Ausländerinnen und Ausländer im Hinblick auf eine den Interessen der Schweiz untergeordnete, restriktive Migrationspolitik (vgl. Art. 3 AuG, ausserdem Rosa Maria Losada, in: Martina Caroni / Thomas Gächter / Daniela Thurnherr [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [nachfolgend: AuG-Handkommentar], Bern 2010, N. 2 ff. zu Art. 3). Sein Vorliegen darf daher nicht leichthin angenommen werden. Vor diesem Hintergrund sind die in ihren Weisungen niedergelegten strengen Kriterien der Vorinstanz (vgl. Ziff. 4.7.2.1 der Weisungen des BFM im Ausländerbereich, online abrufbar unter: www.bfm.admin.ch > Dokumentation > Rechtliche Grundlagen > Weisungen und Kreisschreiben > I. Ausländerbereich > 4 Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit), anhand derer sie das gesamtwirtschaftliche Interesse an einer Erwerbstätigkeit ausländischer Personen im Rahmen der Neuansiedlung bzw. Neugründung von Unternehmen beurteilt, nicht zu beanstanden. Danach muss der Nachweis nachhaltig positiver Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt Schweiz erbracht werden. Von einem nachhaltigen Nutzen für den Arbeitsmarkt Schweiz kann gesprochen werden, wenn das neue Unternehmen zur branchenspezifischen Diversifikation der regionalen Wirtschaft beiträgt, mehrere Arbeitsplätze für Einheimische erhält oder schafft, erhebliche Investitionen tätigt und neue Aufträge für die Schweizer Wirtschaft generiert (zum Stellenwert der Weisungen des BFM im Ausländerbereich vgl. BVGE 2011/1 E. 6.4).

E. 6.3

Es liegt in der Natur der Zulassungsvoraussetzung des gesamtwirtschaftlichen Interesses, dass erst die Zukunft weist, ob es auch tatsächlich realisiert wird. Das gilt namentlich im Falle der Neugründung bzw. Neuansiedlung von Unternehmen. Es ist mit anderen Worten eine Prognose vorzunehmen. Liegen die von der ausländischen Person in Aussicht gestellten Auswirkungen der Neugründung bzw. Neuansiedlung eines Unternehmens auf den Arbeitsmarkt und die Wirtschaft grundsätzlich im gesamtwirtschaftlichen Interesse der Schweiz, ist deren Realisierung jedoch weder ausgeschlossen noch zum vornherein feststehend, kann es der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebieten, die Zustimmung nicht zu verweigern, sondern vorerst mit Bedingungen zu verbinden (Art. 86 Abs. 1 VZAE). Dabei ist darauf zu achten, dass die Bedingungen sachgerecht und verhältnismässig sind (vgl. dazu etwa Wiederkehr / Richli, a.a.O., Rz. 2526 ff., mit zahlreichen Hinweisen). Davon kann regelmässig ausgegangen werden, wenn das BFM die selbst gesteckten wirtschaftlichen Ziele des neugegründeten Unternehmens zur Bedingung erhebt.

E. 6.4

Aus den Akten geht nicht hervor, ob die Vorinstanz die Tätigkeit des Beschwerdeführers als CEO für das von ihm gegründete und wirtschaftlich beherrschte Unternehmen als unselbständige oder selbständige Erwerbstätigkeit im Sinn von Art. 1a bzw. Art. 2 VZAE

bewertet. Für die erste Variante spricht, dass die angefochtene Verfügung auf Art. 18 AuG Bezug nimmt, der die unselbständige Erwerbstätigkeit regelt. Die zweite Variante stützt, dass die Wahrung des Vorrangs inländischer Arbeitnehmer gemäss Art. 21 AuG nie Thema des Verfahrens war, namentlich auch nicht bei der Erteilung der Kurzaufenthaltsbewilligung. Zumindest im Verfahren auf Umwandlung der Kurzaufenthaltsbewilligung musste die Vorinstanz die Frage jedoch nicht beantworten, weil sie die Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers unabhängig von ihrer rechtlichen Qualifizierung als selbständig bzw. unselbständig den Anforderungen an das gesamtwirtschaftliche Interesse unterwerfen durfte, die bei Neuansiedlung bzw. Neugründung von Unternehmen Anwendung finden (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C 3167/2009 vom 3. September 2012 E. 5.5), und diese Anforderungen als nicht erfüllt betrachtete.

E. 7.1

Dem Beschwerdeführer wurde im Jahr 2008 im Kanton Zug eine bis auf insgesamt zwei Jahre verlängerbare Kurzaufenthaltsbewilligung im Sinne von Art. 32 AuG als CEO der neu gegründeten P._____ AG erteilt, weil die Arbeitsmarktbehörde das gesamtwirtschaftliche Interesse an der Neugründung der P._____ AG und der Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers auf der Grundlage der ihr im Bewilligungsverfahren unterbreiteten Unterlagen, namentlich des Businessplans 2008, grundsätzlich als positiv beurteilte. Die tatsächliche Realisierung des gesamtwirtschaftlichen Interesses stellte die Vorinstanz sicher, indem sie die Erreichung bestimmter, im Businessplan 2008 formulierter Eigenziele der P._____ AG - nämlich einen Umsatz nach zwei Jahren von ca. Fr. 2'000'000.-, einen Gewinn im zweiten Jahr von ca. Fr. 60'000.- und fünf neue Vollzeitstellen nach zwei Jahren - zur Bedingung für eine spätere Umwandlung der Kurzaufenthalts- in eine Aufenthaltsbewilligung erhob.

E. 7.2

Diese Bedingungen erfüllte die P._____ AG nicht. Der Erfolgsrechnung vom 1. Januar bis 31. Dezember 2009 sowie der Budgetplanung für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 2010 kann entnommen werden, dass die P._____ AG im Geschäftsjahr 2009 einen Umsatz von rund Fr. 470'000.- und einen Jahresverlust von rund Fr. 880'000.- realisierte und für das Geschäftsjahr 2010 mit einem Umsatz von rund Fr. 450'000.- und einem Jahresverlust von rund Fr. 850'000.- rechnete. Darüber hinaus stellte die Revisionsstelle der P._____ AG am 2. Juli 2010 zuhanden der Generalversammlung eine Überschuldung des Unternehmens im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR fest. Von einer Benachrichtigung des Richters konnte aber abgesehen werden, da Gläubiger der P._____ AG in ausreichender Höhe Rangrücktritt erklärt hatten. Schliesslich ist im Business-Konzept der P._____ AG für die Jahre 2010 - 2012 festgehalten, dass das Unternehmen fünf Mitarbeiter habe, wobei in dieser Zahl der Beschwerdeführer und zwei freie Mitarbeiter eingeschlossen sind.

E. 7.3

Der Beschwerdeführer beruft sich auf Rechtsfehler im Zusammenhang mit der Erteilung der Kurzaufenthaltsbewilligung. Sein Gesuch vom 16. Juli 2008 an den Kanton Zug habe nämlich eine Aufenthaltsbewilligung zum Gegenstand gehabt. Ohne Rücksprache mit ihm und ohne seine Zustimmung sei ihm dann nur eine Kurzaufenthaltsbewilligung erteilt worden, weil das Aufenthaltskontingent bereits erschöpft gewesen sei. Hätte er damals die

Aufenthaltsbewilligung erhalten, wozu die Voraussetzungen ohne weiteres erfüllt gewesen wären, hätte sich das vorliegende Verfahren erübrigt. Weil kein Widerrufsgrund vorliege, hätte ihm die Aufenthaltsbewilligung verlängert werden müssen. Denn bei einer Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gelangten die Begrenzungsmassnahmen nicht zur Anwendung. Auch entfielen in einem solchen Fall das Zustimmungsverfahren. Wäre ihm andererseits vor der Bewilligungserteilung mitgeteilt worden, dass das Aufenthaltsbewilligungskontingent erschöpft sei, hätte er im Kanton Schwyz um eine Aufenthaltsbewilligung nachgesucht. Aus den offensichtlichen Rechtsfehlern bei der Erteilung der Kurzaufenthaltsbewilligung dürfe ihm jedoch kein Nachteil erwachsen. Der Einwand ist unbegründet. Der Beschwerdeführer verkennt, dass er seine gegen die Kurzaufenthaltsbewilligung gerichteten Rügen zwingend auf dem Weg einer Beschwerde gegen die damals ergangenen Verfügungen hätte verfolgen müssen. Das hat der Beschwerdeführer nicht getan; er liess die entsprechenden Verfügungen unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Die Berufung auf vorgebliche Rechtsfehler des damaligen Bewilligungsverfahrens aus Anlass der Umwandlung der Kurzaufenthalts- in eine Aufenthaltsbewilligung ist ausgeschlossen. Im Übrigen irrt der Beschwerdeführer, wenn er annimmt, eine Aufenthaltsbewilligung hätte es ihm erspart, über die Erfüllung der mit der Kurzaufenthaltsbewilligung auferlegten Bedingungen Rechenschaft abzulegen. Denn auch eine Aufenthaltsbewilligung kann mit Bedingungen verbunden werden (Art. 33 Abs. 2 AuG), deren Nichterfüllung einer Verlängerung entgegensteht (Art. 33 Abs. 3 AuG i.V.m. Art. 62 Bst. d AuG). Die Realisierung von prognostizierten positiven Auswirkungen einer Unternehmensansiedlung stellt eine solche mögliche Bedingung dar (vgl. Ziff. 4.7.2.2 der Weisungen des BFM im Ausländerbereich). Im Übrigen liegt es in der Zuständigkeit des BFM, die arbeitsmarktlichen Bedingungen aus Anlass der Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung durchzusetzen, indem es im Einzelfall die Unterbreitung zur Zustimmung verlangt (Art. 85 Abs. 1 Bst. b VZAE).

E. 7.4

Der Beschwerdeführer stellt sich sodann auf den Standpunkt, mit der Verfügung vom 22. September 2008 sei nur soweit eine Bedingung verbunden gewesen, als die Vorinstanz verlangt habe, dass er in der Funktion eines CEO zu 100 % bei der P._____ AG beschäftigt werde. Dieser Einwand geht an der Sache vorbei. Zwar trifft es zu, dass die Kurzaufenthaltsbewilligung als solche nur unter der vom Beschwerdeführer genannten Bedingung stand. In der vorliegenden Streitsache geht es jedoch nicht um die nicht weiter verlängerbare Kurzaufenthaltsbewilligung, sondern um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Die Vorinstanz war nicht daran gehindert, bereits aus Anlass ihrer Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid im Verfahren auf Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung die Bedingungen zu formulieren, von deren Erfüllung sie die spätere Umwandlung der Kurzaufenthaltsbewilligung in eine Aufenthaltsbewilligung abhängig machen wollte. Ein solches Vorgehen ist ein sachgerechtes und verhältnismässiges Mittel zur Absicherung des gesamtwirtschaftlichen Interesses an der Neugründung des P._____ AG und der Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers.

E. 7.5

Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, eine Marktdurchdringung mit einem Turnaround in bloss zwei bis drei Jahren nach einer Unternehmensneugründung sei erfahrungsgemäss nicht zu bewerkstelligen. Das gelte insbesondere im Bereich der Healthcare-Produkte, einer Branche, in der eine Marktabschottung und Kartellbildung zu beachten sei. Soweit sich der

Beschwerdeführer damit gegen die Bedingungen wendet und sie als nicht realistisch angreift, ist er erneut auf die Rechtskraft der Verfügungen hinzuweisen, welche die Grundlage der Bedingungen bilden. Im Übrigen geht der Beschwerdeführer mit seiner Kritik stillschweigend darüber hinweg, dass es nicht die Bewilligungsbehörden waren, die den Inhalt der Bedingungen formulierten. Der Inhalt der Bedingungen entstammt vielmehr dem Businessplan 2008 der P. _____ AG, in dem die Zahlen mit Blick auf die in Aussicht gestellten positiven Aspekte der Unternehmensneugründung als konservative Prognose bezeichnet werden. Es wirft ein ungünstiges Licht auf den Beschwerdeführer, wenn er nach dem Verfehlen der Unternehmensziele dieselben Zahlen als erkennbar unrealistisch zu relativieren versucht.

E. 8

Ist der Widerrufsgrund der Nichterfüllung einer Bedingung nach Art. 62 AuG gegeben, so hat das BFM nach dem Wortlaut des Art. 86 Abs. 2 Bst. a VZAE die Zustimmung zum kantonalen Entscheid zu verweigern.

E. 8.1

Unter Berufung auf eine Lehrmeinung (neu in: Marc Spescha, Marc Spescha / Hanspeter Thür / Andreas Zünd / Peter Bolzli [Hrsg.], Migrationsrecht Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2012, Rz. 9 zu Art. 62) macht der Beschwerdeführer geltend, dass der Widerrufsgrund der nicht eingehaltenen Bedingung im Sinne von Art. 62 Bst. d AuG nur zum Tragen komme, wenn gegen eine Zweckbindung des Aufenthaltes verstossen werde, oder wenn die mit einer Verfügung verbundene Bedingung in vorwerfbarer Weise nicht eingehalten werde. Nun werde ihm zu Recht nicht eine Verletzung der Zweckbindung des Aufenthalts vorgeworfen. Auch könne ihm nicht zur Last gelegt werden, dass er das hochgesteckte, kurzfristige Ziel mit einem "break even" noch nicht erreicht habe.

E. 8.2

Nach Auffassung des Beschwerdeführers ist es ferner unhaltbar, wenn die Aufbau- und Markteinführungsphase mit dem damit verbundenen Mitteleinsatz zunichte gemacht und ein "return of investment" vereitelt werde. Durch das vorinstanzliche Vorgehen werde er mit seinen hohen Verpflichtungen aus dem Markt verstossen, ungeachtet dessen, dass ihm im September 2008 die hohen Investitionen für die Gründung und den Betrieb seiner Unternehmung ermöglicht worden seien. Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, vor dem Hintergrund, dass die arbeitsmarktlichen Zuwanderungsvoraussetzungen die langfristige Integration von Ausländerinnen und Ausländern auf dem Arbeitsmarkt und in der Gesellschaft zum Zweck hätten, müsse mitberücksichtigt werden, dass er Besitzer einer Eigentumswohnung in W. _____ (SZ) sei, wo er und seine Familie ihren Wohnsitz hätten. Seine drei Kinder besuchten die hiesigen Schulen. Die Familie habe sich in der Schweiz "assimiliert und integriert". Dass die Vorinstanz diese Elemente nicht in die Interessenabwägung einbezogen habe, sei als Verletzung des Grundsatzes der Ermessensausübung nach Art. 96 AuG und des Gebots rechtsstaatlichen Handelns nach Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) zu werten.

E. 8.3

Den Einwänden des Beschwerdeführers kann nicht gefolgt werden. Zwar führt das Vorliegen eines Widerrufsgrunds entgegen dem engen Wortlaut von Art. 86 Abs. 2 Bst. a VZAE nicht zwangsläufig zur Verweigerung der Zustimmung. Es ist vielmehr eine

Interessenabwägung vorzunehmen, damit der Entscheid im Einzelfall auf einem gerechten Ausgleich der betroffenen Interessen beruht. Der Widerrufsgund ist lediglich Ausdruck dafür, dass ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Nichtzulassung der ausländischen Person besteht (vgl. im Zusammenhang mit der Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung: Tamara Nüssle, AuG Handkommentar, Rz. 33 zu Art. 33). Anders verhält es sich, wenn sich die Bedingung auf die Realisierung einer Zulassungsvoraussetzung bezieht, die die Möglichkeit einer ausländerrechtlichen Regelung im Rahmen des Rechtsfolgeermessens erst öffnet. In diesem Fall ist die Nichterfüllung der Bedingung regelmässig dem Fehlen der Zulassungsvoraussetzung gleichzustellen. Ein Ermessenspielraum, in dessen Rahmen eine Interessensabwägung vorzunehmen wäre, besteht nicht.

E. 8.4

Eine solche Konstellation liegt vor, wenn - wie vorliegend geschehen - die Umwandlung einer Kurzaufenthaltsbewilligung in Form einer Bedingung davon abhängig gemacht wird, dass in Aussicht gestellte positive Auswirkungen einer Unternehmensneugründung fristgerecht realisiert werden. Wird die Bedingung nicht erfüllt, ist die Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid unabhängig davon zu verweigern, ob die Nichterfüllung der ausländischen Person im Sinne eines Verschuldens zugerechnet werden kann (vgl. Ziff. 4.7.2.2 der Weisungen des BFM im Ausländerbereich). Unbeachtlich ist auch, ob und welche Dispositionen die ausländische Person und ihre Familie mit Blick auf einen angestrebten Daueraufenthalt in der Schweiz getroffen haben. Dieses Ergebnis lässt sich im Übrigen ohne weiteres mit dem Umstand rechtfertigen, dass sich der ausländerrechtliche Status der betroffenen Personen für sie erkennbar in einem Schwebezustand befindet, der erst endet, wenn über die Erfüllung bzw. Nichterfüllung der Bedingungen Gewissheit besteht. Ziehen es die betroffenen Personen vor, die Dispositionen nicht bis zur Beendigung des Schwebezustands aufzuschieben, so haben sie die nachteiligen Folgen selbst zu tragen, wenn die Bedingungen nicht erfüllt werden können (vgl. dazu auch Art. 6 Abs. 2 VZAE).

E. 8.5

Ein Abweichen vom Regelfall einer Verweigerung der Zustimmung wegen Nichterfüllung der Bedingungen kann allenfalls in Erwägung gezogen werden, wenn der gesamtwirtschaftliche Nutzen der Neuansiedlung bzw. der Neugründung eines Unternehmens offensichtlich ist. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Den Akten kann entnommen werden, dass das Unternehmen regelmässig Verluste erwirtschaftete und gemäss Bericht der Revisionsstelle vom 2. Juli 2010 zuhanden der Generalversammlung im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR überschuldet war. Dass der Richter nicht benachrichtigt werden musste, weil Gläubiger - in casu handelte es sich dem Anschein nach um den Beschwerdeführer - in ausreichender Höhe Rangrücktritt erklärt hatten, ändert am wirtschaftlichen Misserfolg des Unternehmens nichts. Nichts anderes ergibt sich aus dem Vorbringen des Beschwerdeführers, mit einer breiten Produktpalette auf tiefem Preisniveau trage sein Unternehmen zur Senkung der Medizinalkosten bei und förderte den Wettbewerb, die Leistungsfähigkeit der Wirtschaft sowie ein Aufbrechen des von einem Kartell beherrschten Marktes. Ein konkretes gesamtwirtschaftliches Interesse ist angesichts des schlechten Geschäftsgangs des Unternehmens mit diesen allgemein gehaltenen Ausführungen nicht dargetan.

E. 8.6

Das mit Eingabe vom 17. Januar 2011 vom Beschwerdeführer erstmals ins erstinstanzliche Verfahren eingebrachte Projekt der Neugründung der Q._____ Managing AG, eines Dienstleistungs- und Managementunternehmens, rechtfertigt keine andere Beurteilung der Streitsache.

E. 8.6.1

Wohl trifft die Rüge des Beschwerdeführers zu, dass die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgehe, bei der genannten Eingabe vom 17. Januar 2011 handle es sich um ein Wiedererwägungsgesuch. Indessen kann der Beschwerdeführer von dieser Fehlbeurteilung nichts für sich ableiten, weil die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung nicht bei der Verneinung von Wiedererwägungsgründen stehenbleibt, sondern sich mit seiner Eingabe jenseits der engen Grenzen des Wiedererwägungsrechts auseinandersetzt und seinen Vorbringen auch aus anderen Gründen die rechtliche Relevanz abspricht (vgl. dazu Philipp Weissenberger, in: Bernhard Waldmann / Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich usw. 2009, Rz. 19 zu Art. 61 mit Hinweisen). In der Sache ist darauf hinzuweisen, dass der arbeitsmarktliche Vorentscheid des Kantons Schwyz vom 22. Oktober 2010 den äusseren Rahmen dessen bildet, worüber die Vorinstanz im Zustimmungsverfahren zu entscheiden hatte. Die Tätigkeit des Beschwerdeführers für die Q._____ Managing AG gehört nicht dazu. Die entsprechende Änderung bzw. Ergänzung der bisherigen Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers als CEO der P._____ AG erfolgte erst als Reaktion auf die negative Beurteilung der Rechtslage durch die Vorinstanz und wurde vom Kanton kommentarlos an die Vorinstanz weitergeleitet. Sie stellt eine unzulässige Ausweitung des Verfügungsgegenstandes dar. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung festhält, sie habe in einem Verfahren, in dem es um die Zulassung des Beschwerdeführers als CEO der P._____ AG gehe, nicht über eine neue Unternehmensgründung zu befinden.

E. 8.6.2

Der Vollständigkeit halber ist auf das gesamtwirtschaftliche Interesse an der Q._____ Managing AG einzugehen. Ein solches erblickt der Beschwerdeführer gerade im Verbund mit der P._____ AG. Die Dienstleistungen der Q._____ Managing AG sollten die Handelstätigkeit der P._____ AG ergänzen und einen unmittelbaren und nachhaltigen finanziellen Beitrag an deren Aufbaukosten leisten. Weiter behauptet der Beschwerdeführer, es habe sich seit der Betriebsaufnahme der P._____ AG gezeigt, dass für seine Kunden aus China und den GUS-Staaten Consulting-Dienstleistungen nachgefragt würden, die von der Q._____ Managing AG angeboten und erbracht werden sollten. Der Beschwerdeführer muss sich fragen lassen, weshalb er das erkannte wirtschaftliche Potential nicht bereits früher im Rahmen der P._____ AG ausschöpfte, sondern sich darauf erst besann, nachdem er im Verfahren auf Umwandlung seiner Kurzaufenthaltsbewilligung mit der Nichterfüllung gesetzter Bedingungen und dem wirtschaftlichen Misserfolg der P._____ AG konfrontiert worden war. Dies gilt umso mehr, als der Beschwerdeführer vorgibt, die Management-Dienstleistungen neben seinem Vollzeitpensum als CEO der P._____ AG mit der bestehenden Infrastruktur der P._____ AG ohne zusätzliche Personal- und Administrativkosten erbringen zu können. Im Businessplan 2011 bis 2013 der Q._____ Managing AG ist in diesem Zusammenhang von zwei Mitarbeitern die Rede, nämlich dem Beschwerdeführer selbst und einer Sekretärin. Die Vermutung liegt nahe, dass die Unternehmensneugründung lediglich den

weiteren Aufenthalt des Beschwerdeführers in der Schweiz sichern soll. Im Übrigen rechtfertigt sich erhebliche Skepsis gegenüber den sehr unbestimmt gehaltenen Prognosen des Beschwerdeführers hinsichtlich der möglichen Schaffung neuer Arbeitsplätze und weiterer Investitionen. Dass der Beschwerdeführer im Nachhinein nicht bereit ist, sich bei seinen Prognosen behaften zu lassen, zeigte sich gerade im Rahmen des vorliegenden Verfahrens. Darauf wurde bereits weiter oben eingegangen (E. 7.5). Mit der Vorinstanz ist daher ein gesamtwirtschaftliches Interesse an der Q._____ Managing AG zu verneinen.

E. 8.7

Abschliessend ist auf den Einwand des Beschwerdeführers einzugehen, der Vorinstanz sei widersprüchliches Verhalten vorzuwerfen, sollte sie das Vorliegen eines gesamtwirtschaftlichen Interesses verneinen. Denn die Erfüllung dieser Voraussetzung habe sie bereits aus Anlass der Erteilung der Kurzaufenthaltsbewilligung geprüft und unabhängig von der Start- und Markteinführungsphase, die bei jeder Unternehmensgründung mehrere Jahre dauere, bejaht. Die Argumentation ist aus mehreren Gründen fehlerhaft. Zum einen wird verkannt, dass das gesamtwirtschaftliche Interesse keine statische Grösse ist, sondern im Lauf der Zeit Änderungen unterworfen sein kann. Zum anderen ist das gesamtwirtschaftliche Interesse mit Blick auf eine spezifische Bewilligungsart und eine konkrete Erwerbstätigkeit zu beurteilen. Schliesslich und hauptsächlich trifft es schlicht nicht zu, dass die Vorinstanz das Vorliegen eines gesamtwirtschaftlichen Interesses anerkannt hat. Gerade weil sie das gesamtwirtschaftliche Interesse nicht als zum vornherein gegeben betrachtete, verband sie ihre Zustimmung mit Bedingungen für eine spätere Umwandlung der Kurzaufenthaltsbewilligung in eine Aufenthaltsbewilligung. Dass ein solches Vorgehen zulässig und zweckmässig ist, darauf wurde weiter oben bereits eingegangen (E. 6.3 und 7.4).

E. 9

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung zu Recht ergangen ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen.

E. 10

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten sind auf Fr. 1'600.- festzusetzen (Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [SR 173.320.2]).

E. 11

Das vorliegende Urteil ist endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Dispositiv S. 21

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