

BVGer C-3167/2009 vom 3. September 2012

Bundesverwaltungsgericht, 2012-09-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-3167_2009

FR: TAF C-3167/2009 du 3 septembre 2012

IT: TAF C-3167/2009 del 3 settembre 2012

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 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

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. 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 thailändische Staatsangehörige untersteht C._____ 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). Ihre Zulassung zum schweizerischen Arbeitsmarkt als sogenannte Drittstaatsangehörige richtet sich deshalb nach dem

Ausländergesetz und dessen Ausführungsverordnungen, insbesondere der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201).

E. 4.1

Vor der Erteilung einer Aufenthalts- oder Kurzaufenthaltsbewilligung 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 S. 51 f. und BGE 120 Ib 6 E. 3 S. 11 f.; ferner BVGE 2011/1 E. 5.2 mit weiteren Hinweisen).

E. 4.2

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) und Erbringer grenzüberschreitender Dienstleistungen (Art. 26 AuG).

E. 5

Zentrale Punkte für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache bilden das gesamtwirtschaftliche Interesse nach Art. 18 Bst. a AuG und der Vorrang nach Art. 21 AuG. Beide Voraussetzungen sind, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, nicht erfüllt.

E. 5.1

Gemäss Art. 21 Abs. 1 AuG können ausländische Personen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nur zugelassen werden, wenn nachgewiesen wird, dass keine dafür geeigneten inländischen Arbeitnehmer oder Angehörige von Staaten, mit denen ein Freizügigkeitsabkommen geschlossen wurde, gefunden werden konnten. Für ausländische Personen mit Schweizer Hochschulabschluss gilt seit dem 1. Januar 2011 eine besondere Regelung, indem sie unter bestimmten Voraussetzungen vom Vorrang ausgenommen sind (Art. 21 Abs. 3 AuG). Das Prinzip des Vorranges inländischer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach Art. 21 AuG ist in jedem Fall und unabhängig von der Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage zu beachten. Der Arbeitgeber muss Suchbemühungen nachweisen bzw. glaubhaft machen, die - wie die Vorinstanz ausführt - in zeitlicher Folge und inhaltlich zweckmässiger Art ein echtes Bemühen aufzeigen, die fragliche Stelle mit inländischen Arbeitskräften oder solchen aus dem EU/EFTA-Raum zu besetzen. Es reicht insbesondere nicht aus, wenn solche Bemühungen als blosser Erforderniserbringung erfolgen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C 2216/2010 vom 12. August 2010 E. 7.3). Zudem dürfen Personen mit Vorrang nicht aufgrund fachlich nicht relevanter Kriterien praktisch ausgeschlossen werden (vgl. zum Ganzen Weisungen des BFM zum Ausländerbereich,

Ziffer 4.3.2, online abrufbar unter: www.bfm.admin.ch Dokumentation Rechtliche Grundlagen Weisungen und Kreisschreiben I. Ausländerbereich 4 Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit, nachfolgend: BFM-Weisungen).

E. 5.2

Es wurde bereits dargelegt, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um ein Unternehmen handelt, dessen einziger Angestellter der Firmengründer und Mehrheitsgesellschafter B._____ ist, und das ursprünglich im Bereich der Erbringung von Dienstleistungen auf dem Gebiet der Informatik und der Logistik tätig war. Mit der neu geschaffenen, von C._____ zu besetzenden Stelle soll der Geschäftszweck erweitert werden und neu Beratungsdienstleistungen im Zusammenhang mit dem thailändischen Recht erfassen. Gemäss Stellenbeschreibung vom 21. Februar 2009 nimmt der Stelleninhaber die Position eines "Junior Consultant" ein, der eng mit dem Firmeninhaber zusammenarbeitet und verantwortlich ist für das Geschäft mit Europäern, Schweizern und Thailändern, die in der Schweiz leben. Seine Hauptaufgaben sind die Erschliessung und die Bewirtschaftung des Marktes sowie die Entwicklung von Dienstleistungsangeboten und ihre Ausführung. Verlangt werden ein juristischer Abschluss in Thailand und an einer angelsächsischen Universität sowie einschlägige Berufserfahrung in Thailand.

E. 5.3

C._____ kommt weder in den Genuss des Vorrangs noch ist sie davon ausgenommen. Ihre Zulassung zur Erwerbstätigkeit hängt daher davon ab, dass die Beschwerdeführerin trotz ernsthafter Bemühungen keinen geeigneten Kandidaten auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt und dem der EU/EFTA findet. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, weil - wie die Vorinstanz ausführlich und überzeugend darlegt - von ernsthaften Bemühungen der Beschwerdeführerin nicht ausgegangen werden kann. Ihre Vorgehensweise erweckt vielmehr den Eindruck, dass sie sich u.a. aus familiären Gründen zum vornherein auf C._____ festlegte und dass die nachträglichen Rekrutierungsbemühungen nur die Funktion hatten, den Anforderungen des Gesetzes im Sinne der zitierten Erforderniserbringung pro forma Genüge zu tun. Ganz in diesem Sinne legte die Beschwerdeführerin im Verlaufe des Verfahrens wiederholt (zuletzt in ihrer Rechtsmittelschrift) dar, dass und aus welchen Gründen ihrer Auffassung nach die vorgesehene Stelle mit einem Familienmitglied besetzt werden könne. In dieselbe Richtung deuten die Ungereimtheiten bei der Auflistung der eingegangenen Bewerbungen, auf welche die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung hinweist, die Beschwerdeführerin jedoch nicht einget. Allerdings gehört die Zugehörigkeit zur Familie des Firmeninhabers nicht zu den Elementen, die gemäss Stellenbeschreibung objektiv erforderlich sind, um die vorgesehene Funktion wahrnehmen zu können.

E. 5.4

Art. 18 Bst. a AuG macht die Zulassung ausländischer Personen zur unselbständigen Erwerbstätigkeit vom Vorliegen eines gesamtwirtschaftlichen Interesses abhängig. Beim Ausdruck "gesamtwirtschaftliches Interesse" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Die Auslegung und Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen stellt eine Rechtsfrage dar, die als solche grundsätzlich der freien richterlichen Kognition unterliegt (Art. 49 VwVG). In casu verhält es sich anders. Der unbestimmte Rechtsbegriff des gesamtwirtschaftlichen Interesses soll bei der Umsetzung des gesetzgeberischen Normprogramms den ökonomischen Sachverstand einer spezialisierten

Verwaltungsbehörde dienstbar machen und gleichzeitig die notwendige Flexibilität angesichts der sich rasch wandelnden Verhältnisse sicherstellen. In einer derartigen Konstellation ist der Verwaltungsbehörde ein relativ erheblicher Beurteilungsspielraum zuzugestehen, in den der Richter nicht eingreift, solange seine Ausfüllung 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).

E. 5.5

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, Bern 2010, N. 2 ff. zu Art. 3). Sein Vorliegen darf daher nicht leichthin angenommen werden. Angesichts dieser Tatsache und des Umstands, dass es im vorliegenden Fall nicht um die Erhaltung bestehender Strukturen der Beschwerdeführerin geht, sondern um Öffnung eines neuen Geschäftszweigs, dessen Aufbau und Bewirtschaftung in die Verantwortung von C._____ fallen soll, ist in Anwendung des wesentlichen Prüfungsmaßstabs nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz auch im Falle eines kleinen Unternehmens, wie das der Beschwerdeführerin, auf die strengen Kriterien abstellt, die üblicherweise bei selbständiger Erwerbstätigkeit und Neuansiedlung von Firmen zur Anwendung gelangen (Art. 19 Bst. a AuG). Danach wird verlangt, dass der Einsatz der ausländischen Person im betreffenden Geschäftszweig nachhaltig positive Auswirkungen auf den schweizerischen Arbeitsmarkt hat. Von einem nachhaltigen Nutzen für den Arbeitsmarkt Schweiz kann gesprochen werden, wenn das 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 (vgl. Ziff. 4.7.2.1 der BFM-Weisungen).

E. 5.6

Ebenso wenig ist zu beanstanden, dass die Vorinstanz die genannten Kriterien im vorliegenden Fall nicht als erfüllt betrachtet. Arbeitsplätze für einheimische Arbeitskräfte werden mit der Eröffnung des neuen Geschäftszweigs vorerst nicht geschaffen. Erst ab einem Jahresumsatz von mehr als Fr. 250'000.- soll beurteilt werden, ob eine weitere Person beschäftigt werden solle, wobei im ersten Geschäftsjahr ein Mindestumsatz von Fr. 170'000.- angestrebt wird. Des Weiteren sind keine Aufträge für die schweizerische Wirtschaft ersichtlich, und es sind keine erheblichen Investitionen geplant. Schliesslich kann auch nicht von einer branchenspezifischen Diversifikation ausgegangen werden, da der angestrebte Markt bereits von anderen Unternehmen bewirtschaftet wird, ohne dass die Beschwerdeführerin in der Lage wäre darzustellen, durch was sich ihre Tätigkeit von derjenigen dieser anderen Unternehmen abhebt. Die Integrationsfähigkeit von C._____ und ihre Qualifikationen als Juristin werden dabei von der Vorinstanz durchaus anerkannt. Das fehlende Erfordernis des gesamtwirtschaftlichen Nutzens kann durch diese Faktoren jedoch nicht ersetzt werden.

E. 6

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

E. 7

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten sind auf Fr. 1'000.- 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. 8

Das vorliegende Urteil ist endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). (Dispositiv S. 13)

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