

BVGer C-5602/2013 vom 2. Februar 2015

Bundesverwaltungsgericht, 2015-02-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-5602_2013

FR: TAF C-5602/2013 du 2 février 2015

IT: TAF C-5602/2013 del 2 febbraio 2015

Regeste

Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid des Kantons

Erwägungen

E. 1.1

Verfügungen des BFM über die Verweigerung der Zustimmung zum kantonalen arbeitsmarktlichen Vorentscheid sind mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 31 ff. VGG u. Art. 5 VwVG).

E. 1.2

Das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 1.3

Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde legitimiert, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Als Verfügungsadressat erfüllt der Beschwerdeführer die beiden ersten Kriterien. Ein schutzwürdiges Interesse gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG setzt jedoch grundsätzlich voraus, dass der Beschwerdeführer auch im Zeitpunkt der Urteilsfällung ein aktuelles praktisches Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat. Das Rechtsschutzinteresse ist insb. zu verneinen, wenn rein theoretische Probleme zur Diskussion gestellt werden (vgl. BVGE 2013/21 E. 3.1 m.H.). Die Beschwerde richtet sich gegen die verweigerte Zustimmung zur Bewilligung einer Erwerbstätigkeit im Rahmen eines Kurzaufenthalts von April 2013 bis März 2014 (vgl. SEM act. 1 S. 4 f.; act. 5 S. 45 ff.; Art. 32 AuG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). Allerdings wurden sowohl der ursprüngliche als auch der angepasste Arbeitsvertrag nicht befristet (vgl. BF Beilagen 8 und 25). Die Beschwerdeführer hatten denn auch ursprünglich beim Kanton die Verlängerung der bestehenden Aufenthaltsbewilligung und lediglich eventualiter die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung beantragt (vgl. Sachverhalt Bst. D). Es ist demnach davon auszugehen, dass die Anstellung beiderseits nach wie vor gewünscht ist. Entsprechend besteht ein schutzwürdiges Interesse an der Behandlung der Beschwerde (vgl. Urteil des BVGer C-857/2013 vom 19. Mai 2014 E. 1.3 sowie auch Art. 29a BV und BVGE 2013/33 E. 1.4 m.H.). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (vgl. Art. 50 und 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 vorliegend die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet 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 2014/1 E. 2 m.H.).

E. 3.1

Als chinesischer Staatsangehöriger untersteht der Beschwerdeführer 1 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). Seine Zulassung zum schweizerischen Arbeitsmarkt als sog. Drittstaatsangehöriger richtet sich demzufolge nach dem Ausländergesetz (vgl. Art. 2 AuG) und dessen Ausführungsverordnungen (insb. der VZAE). Unbestritten ist, dass er als Inhaber eines B.N.O.-Passes nicht freizügigkeitsberechtigt ist (vgl. OW act. 79; E. 3.3). Die Beschwerdeführer berufen sich diesbezüglich aber auf den Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. Sachverhalt Bst. J).

E. 3.2

Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Auskünfte und Zusicherungen. Es kann dazu führen, dass ein Rechtsverhältnis abweichend vom objektiven Recht zu regeln ist. Voraussetzung dafür ist, dass die Zusicherung für einen konkreten Einzelfall aufgrund einer vollständigen Darstellung des Sachverhalts vorbehaltlos erteilt wurde, dass die Amtsstelle für die Auskunftserteilung zuständig war oder die Person sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte, dass die Person die Unrichtigkeit nicht ohne Weiteres erkennen konnte, dass sie im berechtigten Vertrauen auf die Auskunft eine nicht wieder rückgängig zu machende Disposition getroffen hat und dass die Rechtslage sich seit der Erteilung der Auskunft nicht geändert hat (vgl. BGE 137 II 182 E. 3.6; 137 I 69 E. 2.5.1; 131 II 627 E. 6.1; Christoph Rohner, in: St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl. 2014, Art. 9 N. 47 ff. je m.H.).

E. 3.3

Der Beschwerdeführer 1 macht geltend, ihm seien seit 2009 vorbehaltlos Aufenthaltsbewilligungen erteilt worden. Als rechtlicher Laie habe er nicht daran gezweifelt, dass dies auch weiter so sein werde. Er wurde freilich im Jahr 2009 als Hotelfachschüler nach der Regelung für Drittstaatsangehörige zugelassen und hielt damals überdies fest, nach Studienabschluss in seine Heimat zurückkehren zu wollen (vgl. Sachverhalt Bst. A sowie SEM act. 11 S. 83). Erst am 16. September 2011 informierte seine damalige Arbeitgeberin die kantonale Migrationsbehörde, der Beschwerdeführer 1 habe «erst jetzt mitgeteilt», dass er «auch über den Britischen Pass» verfüge, worauf der Kanton ihn als EU/EFTA-Bürger zuliess (vgl. Sachverhalt Bst. B). Aus diesem Irrtum der kantonalen Migrationsbehörde kann der Beschwerdeführer 1 jedoch keinen Anspruch auf

Vertrauensschutz ableiten. In grundsätzlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass es jedem Ausländerin und jedem Ausländer obliegt, sich über bestehende Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit ausländerrechtlichen Vorschriften ins Bild zu setzen und sich bei Unklarheiten bei der zuständigen Stelle zu informieren (vgl. Urteil des BVGer C 6443/2013 vom 31. Oktober 2014 E. 5.3 m.H.). Es ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer 1 wusste, dass der B.N.O.-Pass kein Recht vermittelt, in Grossbritannien zu leben und zu arbeiten. Dementsprechend durfte er nicht - zumindest nicht ohne Abklärung - davon ausgehen, in Europa freizügigkeitsberechtigt zu sein (vgl. im Internet: www.gov.uk/types-of-british-nationality/british-national-overseas , besucht am 12.01.2015), dies umso weniger, als er zuvor als Student während rund drei Jahren als chinesischer Staatsangehöriger und somit als Drittstaatsangehöriger zugelassen war. Bei der Mitteilung an die kantonale Migrationsbehörde im September 2011 hätte er - bzw. die auch in seinem Interesse handelnde Arbeitgeberin - folglich klar darauf hinweisen müssen, dass er nicht über eine «gewöhnliche» britische Staatsangehörigkeit verfügt, sondern lediglich Inhaber eines B.N.O.-Passes ist. Vor diesem Hintergrund kann die irrtümliche Zulassung als EU/EFTA-Bürger nicht als Vertrauensgrundlage eingestuft werden, zumal der Sachverhalt der Behörde nicht vollständig unterbreitet worden war (vgl. E. 3.2). Hinzu kommt, dass die beiden Arbeitsverträge im Service befristet waren und dass im Januar 2013, als der Fehler entdeckt wurde, der Beschwerdeführer 1 noch in der Probezeit (vgl. Sachverhalt Bst. C; OW act. 81) und folglich nicht in einer Position war, in der es angemessen gewesen wäre, bereits erhebliche, nicht ohne Nachteil wieder rückgängig zu machende Dispositionen zu treffen.

E. 3.4

Zusammenfassend können die Beschwerdeführer aus dem Grundsatz von Treu und Glauben nichts zu ihren Gunsten ableiten. Inwiefern sodann der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt worden sein sollte, wird seitens der Beschwerdeführer nicht erläutert und ist auch nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführer erhielten wiederholt die Möglichkeit zur Stellungnahme (vgl. Sachverhalt Bst. C; D; E), und die angefochtene Verfügung erfüllt die minimalen Anforderungen an die Begründungsdichte (vgl. Art. 35 VwVG; BGE 137 II 266 E. 3.2 m.H.).

E. 4.1

Streitgegenstand ist die Verweigerung der Zustimmung zum kantonalen arbeitsmarktlichen Vorentscheid betreffend eine Kurzaufenthaltsbewilligung (Art. 32 AuG). Arbeitsmarktlich gelten grundsätzlich dieselben Voraussetzungen wie bei der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung: Vor der Erteilung der Bewilligung hat die kantonale Behörde in Form eines arbeitsmarktlichen Vorentscheides über das Vorliegen der Voraussetzungen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nach Art. 18 bis 25 AuG zu befinden (Art. 83 Abs. 1 Bst. a VZAE). Dieser Vorentscheid ist dem SEM 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 SEM ergeht in Ausübung einer originären Sachentscheidskompetenz des Bundes ohne Bindung an die Beurteilung durch die kantonale Behörde (vgl. BGE 127 II 49 E. 3a sowie BVGE 2011/1 E. 5.2 je m.H.).

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).

E. 4.3

Art. 21 AuG regelt den Vorrang von inländischen Arbeitskräften und solchen aus dem EU/EFTA-Raum. Drittstaatsangehörige können zum schweizerischen Arbeitsmarkt nur zugelassen werden, wenn nachgewiesen wird, dass keine geeigneten Erwerbstätigen aus der Schweiz oder einem EU/EFTA-Staat, mit welchem ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde, gefunden werden können. 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), falls eine nachhaltige Integration in den Arbeitsmarkt und das gesellschaftliche Umfeld zu erwarten ist (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. 5.1

Das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 21 ff. AuG 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 gefördert noch Partikularinteressen geschützt werden. Die Zuwanderung soll auf die langfristige Integration ausgerichtet sein und zu einer ausgeglichenen Beschäftigung und einer Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur führen (BVGE 2011/1 E. 6.1 m.H.).

E. 5.2

Die Vorinstanz begründet ihren Entscheid u.a. damit, der Beschwerdeführer 1 habe keine Erfahrung im Verkauf und keine Fachkenntnisse aus der Uhrenbranche. Er verfüge nicht über die gemäss Art. 23 AuG und den dazugehörigen Weisungen nötige Qualifikation (Weisungen SEM; im Internet: < www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/publiservice.html >, besucht am 12.01.2015). Das Gericht ist zwar nicht an diese Weisungen gebunden, weicht aber nicht ohne stichhaltigen Grund von der auf die Weisungen gestützte 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 vorliegend umso mehr, als die 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. 5.2.1

Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, der Beschwerdeführer 1 sei keine qualifizierte Arbeitskraft, und weist darauf hin, dass er keine Berufserfahrung im Verkauf bzw. Fachkenntnisse in der Uhrenbranche hat; dies wird auch seitens der Beschwerdeführer nicht bestritten. Die in der Schweiz absolvierte Ausbildung im Tourismusbereich sowie die Erfahrung im Gastgewerbe (vgl. Sachverhalt Bst. A und B) vermögen nichts an der mangelnden spezifischen Berufserfahrung zu ändern, ebenso wenig die Tatsache, dass im Service teils ähnliche Werte gefragt sind wie im Verkauf. Gemäss Ziff. 4.7.10.12 der Weisungen des SEM können Spezialgeschäfte für Luxusartikel (z.B. Bijouterien), deren Umsätze zu grossen Teilen von einer Kundschaft aus bestimmten Ländern abhängen, spezialisiertes Verkaufspersonal aus den entsprechenden Drittstaaten rekrutieren, die das Segment der Kunden mit der entsprechenden Nationalitätszugehörigkeit betreuen und über die dafür erforderlichen Sprachenkenntnisse sowie vorgängige, mindestens einjährige Berufserfahrung in derselben Branche verfügen. In casu von diesem Kriterium abzuweichen, besteht kein Anlass und würde - wie die Vorinstanz zu Recht ausführt - dazu führen, dass Arbeitskräfte einzig aufgrund einer subjektiven Beurteilung des Arbeitgebers und ohne branchenspezifische Ausbildung und Erfahrung zuzulassen wären. Die auf die Weisungen gestützte Ermessensausübung der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer 1 die Anforderungen an eine qualifizierte Arbeitskraft gemäss Art. 23 Abs. 1 AuG nicht erfüllt.

E. 5.2.2

Die Beschwerdeführer berufen sich sodann auf Art. 23 Abs. 3 Bst. c AuG, wonach Personen mit besonderen beruflichen Kenntnissen oder Fähigkeiten in Abweichung von Abs. 1 und Abs. 2 zugelassen werden können, sofern für deren Zulassung ein Bedarf ausgewiesen ist. Unter diese Bestimmung können auch nicht hoch qualifizierte Arbeitskräfte fallen, die aber über spezielle Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen und daher für einen bestimmten Einsatz unerlässlich sind (vgl. Botschaft AuG, S. 3783). Die Beschwerdeführer berufen sich diesbezüglich auf besondere Sprach- und Sozialkompetenzen. Dies alleine kann jedoch nicht genügen, um das Kriterium der besonderen beruflichen Kenntnisse oder Fähigkeiten als erfüllt einzustufen. Die besonderen individuellen Eigenschaften des Beschwerdeführers 1 vermögen nichts daran zu ändern, dass er weder über eine branchenspezifische Ausbildung noch über eine minimale Erfahrung im Verkauf verfügt. In der Beschwerdeschrift wird er denn auch zu Recht als «Quereinsteiger aus dem Studium» bezeichnet. Davon ging die Arbeitgeberin offensichtlich auch selber aus, vereinbarte sie doch mit ihm im ursprünglichen Arbeitsvertrag lediglich ein niedriges Bruttogehalt von Fr. 3'300.-, zu dem erst nach bestandener Probezeit ein variabler Lohnbestandteil hinzugekommen wäre (vgl. OW act. 44). Nicht zuletzt dies zeigt auf, dass die Arbeitgeberin auch selber nicht davon ausging, eine qualifizierte Arbeitskraft einzustellen. Unqualifizierte Arbeitskräfte können jedoch, wie die Vorinstanz zu Recht festhielt, auch bei bestehender Nachfrage nicht unter Art. 23 Abs. 3 Bst. c AuG fallen (vgl. Lisa Ott, in: Handkommentar AuG, 2010, Art. 23 N. 22 m.H.).

E. 5.3

Die Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid scheidet somit bereits daran, dass die persönlichen Voraussetzungen gemäss Art. 23 AuG mangels Berufserfahrung bzw. besonderer beruflicher Kenntnisse oder Fähigkeiten nicht erfüllt sind. Bei dieser Sachlage braucht nicht weiter geprüft zu werden, ob die Anforderungen gemäss Art. 21 AuG (Vorrang) und Art. 22 AuG (Lohn- und Arbeitsbedingungen) erfüllt sind.

E. 6

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass sich die Beschwerdeführer zu Recht nicht auf die Sonderregelung des Art. 21 Abs. 3 AuG für Ausländerinnen und Ausländer mit Schweizer Hochschulabschluss berufen. Wohl ist der Beschwerdeführer 1 im Besitze eines Bachelors des «César Ritz College» (vgl. Sachverhalt Bst. A), ein Diplom, welches allenfalls als Schweizer Hochschulabschluss im Sinne von Art. 21 Abs. 3 AuG einzustufen wäre, was aber vorliegend nicht geprüft werden muss (hinzuweisen ist einzig darauf, dass auch Abschlüsse von Fachhochschulen von Art. 21 Abs. 3 AuG erfasst sind; vgl. Urteil C 857/2013 E. 6.3 m.H.). Die erwähnte Sonderregelung ist in casu bereits deshalb nicht anwendbar, weil die Tätigkeit des Beschwerdeführers als Verkaufsberater nicht in einem hinreichenden Zusammenhang steht zur vor ihm in der Schweiz absolvierten Ausbildung in Hotel- und Tourismus-Management. Die Norm hätte allenfalls dann zur Anwendung gelangen können, wenn für eine der Ausbildung entsprechende Tätigkeit ein Bedarf auf dem Arbeitsmarkt ausgewiesen würde und das Kriterium des hohen wirtschaftlichen Interesses daher zu bejahen wäre (vgl. Marc Spescha, in: Kommentar Migrationsrecht, 3. Aufl. 2012, Art. 23 N. 6).

E. 7

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend werden die unterliegenden Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten sind auf Fr. 1'200.- festzusetzen (vgl. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Dispositiv S. 14

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