

# **BVGer F-1992/2015 vom 10. März 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-03-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_F-1992\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-1992_2015)

FR: TAF F-1992/2015 du 10 mars 2017

IT: TAF F-1992/2015 del 10 marzo 2017

## **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 SEM (vormals BFM), welches mit der Verweigerung der Zustimmung zum kantonalen arbeitsmarktlichen Vorentscheid eine Verfügung im erwähnten Sinne und damit 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. 2.1**

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 2014/1 E. 2 m.H).

### **E. 2.2**

Gegenstand des vorliegenden Zustimmungsverfahrens ist der arbeitsmarktliche Vorentscheid der kantonalen Arbeitsmarktbehörde, welcher der Vorinstanz gemäss Art. 99

AuG i.V.m. Art. 85 Abs. 2 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) in der bis zum 31. August 2015 geltenden Fassung (AS 2007 5497) zur Zustimmung vorzulegen war. Auch die seit 1. September 2015 in Kraft stehende Fassung sieht dieses Erfordernis vor. Eine Konstellation, wie sie das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Zustimmung in Aufenthaltsverfahren als unzulässig beurteilt hat, liegt nicht vor (vgl. BGE 141 II 169; Urteil des BVGer C-1950/2015 vom 8. Dezember 2015 E.4).

### **E. 3**

Als sri-lankischer Staatsangehöriger untersteht D.\_\_\_\_\_ 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 vom 21. Juni 2001 (EFTA-Übereinkommen, SR 0.632.31). Seine Zulassung zum schweizerischen Arbeitsmarkt als sogenannter Drittstaatsangehöriger richtet sich deshalb nach dem Ausländergesetz (vgl. Art. 2 AuG) und dessen Ausführungsbestimmungen, insbesondere der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201).

#### **E. 4.1**

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. 4.2**

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. 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. 5.1**

Strittig ist vorliegend, ob die Voraussetzungen von Art. 21 AuG (Vorrang) und Art. 23 AuG (persönliche Voraussetzungen) 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 arbeitsmarktlch 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. 5.2**

Es wurde bereits angeführt, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um ein Unternehmen handelt, das im Bereich des Handels mit Lebensmitteln im asiatischen Raum (Sri Lanka, Indien, Thailand, Singapur) tätig ist. Gemäss unternehmenseigener Homepage (vgl. unter: "[...]"; abgerufen im Februar 2017) ist die Beschwerdeführerin seit der Gründung im Jahr "[...]" zum grössten Schweizer Importunternehmen für asiatische Lebensmittel mit mittlerweile mehr als 20 Angestellten gewachsen. Dem Beschäftigungsgesuch vom 5. Dezember 2014 ist zu entnehmen, dass sie mit der neu geschaffenen Stelle eine Arbeitskraft für den Marketingbereich, der bedeutend erweitert werden soll, sucht. Namentlich soll das Onlineportal erneuert und vergrössert und damit der Kundenkreis ausgedehnt werden. Im Verlaufe des Gesuchsverfahrens kristallisierte sich aufgrund entsprechender Unterlagen der Gesuchstellerin ("Pflichtenheft für Firmenentwicklung- und Online-Marketingplaner D. \_\_\_\_\_"; ZEMIS act. 3/33) heraus, dass nebst einer Erweiterung des Kreises der Warenzulieferer insbesondere aus Japan und China auch eine Ausdehnung des Gesellschaftszwecks auf "[...]" geplant ist.

### **E. 5.3**

Der Wunschkandidat der Beschwerdeführerin erwarb im August 1998 den Bachelor of the Science of Engineering an der University of Peradeniya, Sri Lanka, und im März 2004 den Doktorgrad (Doctor of Philosophy in Electrical and Computer Engineering) an der National University of Singapore. Im Rahmen seiner Ausbildung als Postdoktorand war er von September 2004 bis September 2005 erstmals im Besitz einer Kurzaufenthaltsbewilligung für eine Tätigkeit bei der EMPA (Eidgenössische Materialprüfungs- und Forschungsanstalt) Dübendorf. Seinem Lebenslauf zufolge arbeitete er anschliessend als Ingenieur im Bereich Datenentwicklung und -verarbeitung in Singapur und Japan. Im Oktober 2010 kehrte er zu Ausbildungszwecken in die Schweiz zurück. Er besuchte anfänglich die Swiss Business School (SBS) Zürich und wechselte 2012 an die Business & Hotel Management School (BHMS) Luzern. Sein Studium schloss er am 30. Juni 2014 mit dem Master of Business Administration (MBA) in Global Management, verliehen von der mit der BHMS partnerschaftlich verbundenen City University in Seattle, USA, ab. D. \_\_\_\_\_ erhielt für seine Ausbildung in der Schweiz eine entsprechende Kurzaufenthaltsbewilligung, welche regelmässig verlängert wurde, letztmals bis zum 30. September 2014. Am 21. August 2014 ersuchte er um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit, zog dieses Gesuch am 6. Oktober 2014 indessen unter Hinweis auf das mit der Beschwerdeführerin beabsichtigte Arbeitsverhältnis wieder zurück. Vor diesem Hintergrund setzte ihm die zuständige kantonale Migrationsbehörde mit Verfügung vom 5. Juni 2015 unter anderem eine Frist zum Verlassen der Schweiz bis 31. August 2015 (Akten

AB; Daten im ZEMIS [Zentrales Migrationssystem]; Beizugsakten der kantonalen Migrationsbehörde betreffend D. \_\_\_\_\_ [nachfolgend: MB act.] 241). D. \_\_\_\_\_ verliess den Einträgen im ZEMIS zufolge die Schweiz fristgemäss.

#### **E. 5.4**

Es ist unbestritten, dass D. \_\_\_\_\_ nicht in den Genuss des Rekrutierungsvorrangs kommt (vgl. E. 3 hievor). Auch macht die Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend, dass ihr Wunschkandidat gemäss der Sonderregelung des Art. 21 Abs. 3 AuG für Ausländerinnen und Ausländer mit Schweizer Hochschulabschluss davon ausgenommen ist. So ist in Bezug auf die Auslegung letzterer Bestimmung festzuhalten, dass D. \_\_\_\_\_ wohl im Besitz eines Masterabschlusses ist, jedoch umfasst der Begriff der Hochschule ausschliesslich die universitären Hochschulen (die kantonalen Universitäten und die Eidgenössischen Technischen Hochschulen [ETH]), die Fachhochschulen und die pädagogischen Hochschulen (vgl. Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich [HFKG, SR 414.20]). Die Institutionen, an welchen D. \_\_\_\_\_ den MBA in Global Management erworben hat - die BHMS Luzern beziehungsweise die City University of Seattle - gehören nicht dazu (vgl. Liste der anerkannten oder akkreditierten Schweizer Hochschulen, abgerufen im Februar 2017 unter: <https://www.swissuniversities.ch/de/espace-des-hautes-ecoles/hautes-ecoles-suissees-reconnues> ).

#### **E. 5.5**

Die Zulassung von D. \_\_\_\_\_ zur Erwerbstätigkeit hängt demnach davon ab, ob die Beschwerdeführerin trotz ernsthafter Bemühungen keinen geeigneten Kandidaten auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt und dem der EU/EFTA findet. 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, dass die Stelle vergeblich über die branchenüblichen Rekrutierungskanäle - z.B. durch Inserate in der Fach- und Tagespresse oder mittels elektronischer Medien - ausgeschrieben wurde. 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 blosse 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 (BVGE 2011/1 E. 6.3).

#### **E. 5.6**

Den überzeugenden - und unbestritten gebliebenen - Ausführungen der Vorinstanz entsprechend, kann von ernsthaften Bemühungen der Beschwerdeführerin, einen geeigneten Kandidaten auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt und dem der EU/EFTA zu finden, nicht ausgegangen werden. Die Beschwerdeführerin legte (erstmalig im Beschwerdeverfahren) dar, dass D. \_\_\_\_\_ bereits während dessen MBA-Ausbildung für sie gearbeitet und dabei bedeutende Leistungen erbracht hat. Ihren Angaben zufolge hat er den geschäftlichen

Erfolg ihres Unternehmens durch den Einsatz langfristiger Strategien gesichert, eine Verhandlungsstrategie entwickelt, einen Vertragsabschluss mit einem grossen Konzern erreicht, neue Geschäfte mit Kunden in Thailand und Grossbritannien initiiert und abgeschlossen, die Kommunikation verbessert und die Effizienz gesteigert, den Online-Shop fertiggestellt und die Leitung des Online-Marketings innegehabt. Aus diesem umfassenden Leistungskatalog ist zu folgern, dass D.\_\_\_\_\_ bereits vorgängig zum Gesuch und den Stellenausschreibungen in offenkundig erheblichem Umfang für die Beschwerdeführerin tätig gewesen ist. Dieser Umstand lässt - wie von der Vorinstanz zutreffend festgehalten - darauf schliessen, dass sich die Beschwerdeführerin zum vornherein auf D.\_\_\_\_\_ festlegte und die erst nachträglichen Rekrutierungsbemühungen nur die Funktion hatten, den Anforderungen des Gesetzes im Sinne der zitierten Erforderniserbringung pro forma Genüge zu tun.

### **E. 5.7**

Auch die zeitliche Abfolge und die Dauer der Stellenausschreibungen erhellen, dass D.\_\_\_\_\_ den Arbeitsmarktbehörden ohne ernsthafte vorgängige Suchbemühungen als Wunschkandidat präsentiert wurde. Suchbemühungen sind grundsätzlich in einem angemessenen Zeitraum vor Unterzeichnung eines Anstellungsvertrags mit einer nachgesuchten Person vorzunehmen. Die Beschwerdeführerin schloss hingegen mit dem gewünschten Arbeitnehmer bereits am 1. Oktober 2014 einen Arbeitsvertrag ab und gelangte erst im Nachhinein (am 6. Oktober 2014) mit einem ersten Beschäftigungsgesuch an die Arbeitsmarktbehörden. Anfänglich wurden überhaupt keine Suchbemühungen unternommen. Erst nachträglich wurde für die zu besetzende Stelle ein (gemäss Ausschreibung am 3. Oktober 2014 erstelltes) Stelleninserat auf der Website von "[...]" publiziert, am 9. Oktober 2014 wurde ein Stelleninserat auf der Plattform "[...]" ausgeschrieben und am "[...]" wurde das Stellenangebot durch das regionale Arbeitsvermittlungszentrum RAV veröffentlicht. Laut Schreiben der Beschwerdeführerin an die Arbeitsmarktbehörde vom 18. November 2014 (Akten AB) gingen in der Folge sechs Bewerbungen ein. Wie lange die zu besetzende Stelle ausgeschrieben war, geht aus den Akten nicht hervor, es sind allerdings für die Zeit nach dem 18. November 2014 keine weiteren Stellenausschreibungen dokumentiert. Im Kontext der unter E. 5.1 umschriebenen Anforderungen erweisen sich die aktenmässig erstellten Suchbemühungen jedenfalls als unzureichend. Namentlich erweist sich die Nutzung der ausgewählten Rekrutierungskanäle als zu wenig umfassend und in zeitlicher Hinsicht als zu kurz.

### **E. 5.8**

Das SEM beanstandet ferner, dass die Beschwerdeführerin ihre Suche auf fachlich nicht relevante Kriterien (Beherrschen der Sprachen Tamil und Singhalesisch, Asienbezug) abgestellt habe. In den in englischer Sprache gehaltenen Inseraten wird nach einem "Business development and online marketing planner" gesucht. Der Aufgabenbereich umfasst danach in erster Linie die Zusammenarbeit mit dem Direktor des Produktmarketings zwecks Entwicklung von Geschäftsstrategien, die Umsetzung des Online-marketings und die Pflege von Lieferantenbeziehungen bei globalem Geschäftswachstum. Für die Stellenbesetzung werden Erfahrung im "B2B (Business-to-Business) marketing, IT professional (worunter mangels offizieller Definition in der Schweiz wohl ein "hochqualifizierter IT-Spezialist" zu verstehen ist; Anmerkung des Gerichts) und fließend gesprochenes Englisch, Singhalesisch und Tamil verlangt. D.\_\_\_\_\_ ist laut Darstellung der Beschwerdeführerin die einzige Person, welche diese

fachlichen und persönlichen Anforderungen mitbringt. Die übrigen Bewerberinnen und Bewerber habe man hauptsächlich wegen fehlender Sprachkenntnisse sowie mangelnder Erfahrungen mit dem asiatischen Lebensstil abgelehnt. Diese Voraussetzungen seien für den Import von asiatischen Lebensmitteln wichtig, um die Interessen von Kunden besser verstehen zu können.

#### **E. 5.9**

Damit spezifische Kenntnisse - wie hier verlangt der tamilischen und singhalesischen Sprache bzw. der asiatischen Lebensart - eine Person für eine bestimmte Funktion als besonders geeignet erscheinen lassen, sind objektive bzw. objektivierbare Kriterien ausschlaggebend. 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 (siehe BVGE 2011/1 E. 6.7, Urteil des BVGer C-1123/2013 vom 13. März 2014 E. 6.7.1). Bei der Anstellung im vorliegenden Kontext geht es hauptsächlich um Aufgaben im Zusammenhang mit der Expansion des Online-Verkaufs und -marketings. Für den eigentlichen Kernbereich dieser Tätigkeit, nämlich den Aufbau und das Programmieren von Datenbanken - gemäss Inserat bei "[...]" und "[...]" [ZEMIS act. 1/25 f.] geht es vordergründig um die Entwicklung und Auswertung einer Onlineverkaufs-Webapplikation - braucht es objektiv betrachtet keine Tamilisch- oder Singhalesisch-Kenntnisse. Soweit im Rahmen des B2B-Marketings eine über die elektronische Kommunikation mit anderen Unternehmen, namentlich mit Zulieferern aus dem asiatischen Raum, hinausgehende Kontaktnahme zu erfolgen hat, darf erwartet werden, dass eine solche in Englisch geschehen kann. Dies gilt umso mehr, als der Wunschkandidat auch kein Chinesisch spricht, obwohl China zu den favorisierten Expansionsländern gehört. Die spezifischen sprachlichen Kompetenzen D. \_\_\_\_\_s können - bezogen auf die Vakanz - folglich nicht als eine dem gängigen Berufsbild entsprechende Anforderung qualifiziert und als zusätzlich zulässiges Merkmal berücksichtigt werden. Gleiches gilt für den kulturellen Hintergrund des Wunschkandidaten, zumal gemäss Stellenausschreibung bei "[...]" und "[...]" eine enge Zusammenarbeit des künftigen Stelleninhabers mit dem Direktor des Produktemarketings, bei welchem Kenntnisse des asiatischen Lebensstils angenommen werden dürfen, vorgesehen ist. Aus diesen Gründen lassen es die ausländerrechtlichen Vorschriften nicht zu, die Suchbemühungen im praktizierten Sinne einzuschränken.

#### **E. 5.10**

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. Das Prinzip des Vorrangs inländischer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Art. 21 AuG) wurde somit seitens der Beschwerdeführerin nicht beachtet. Bei dieser Sachlage braucht nicht weiter geprüft werden, ob die persönlichen Voraussetzungen gemäss Art. 23 AuG erfüllt wären.

#### **E. 6**

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. 7**

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Sie sind in Anwendung von Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) auf Fr. 1'200.- festzusetzen. (Dispositiv S. 14)

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