

BVGer F-4053/2017 vom 2. Mai 2019

Bundesverwaltungsgericht, 2019-05-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-4053_2017

FR: TAF F-4053/2017 du 2 mai 2019

IT: TAF F-4053/2017 del 2 maggio 2019

Regeste

Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid des Kantons

Erwägungen

E. 1.1

Verfügungen des SEM betreffend Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid einer kantonalen Arbeitsmarktbehörde unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31 ff. VGG).

E. 1.2

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

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. 50 und 52 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 Sachverhalts und 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. 3

Am 1. Januar 2019 hat das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG) eine Teilrevision und Namensänderung erfahren (Änderung des AuG vom 16. Dezember 2016, AS 2018 3171). Gleichzeitig sind die Änderungen der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 15. August 2018 (VZAE, AS 2018 3173) in Kraft getreten. An den hier einschlägigen Gesetzesbestimmungen hat sich inhaltlich nichts geändert, sodass der Einfachheit halber im

Folgenden die neue Bezeichnung verwendet wird (Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005, AIG; im Einzelnen Urteil des BVer F-1186/2018 vom 10. Januar 2019 E. 2).

E. 4.1

In formeller Hinsicht macht der Beschwerdeführer eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend. Die Vorinstanz habe die Begründungspflicht verletzt, indem sie in ihrer Verfügung pauschal anführe, dass die Voraussetzungen von Art. 23 AIG nicht erfüllt seien, ohne jedoch den genauen Absatz zu bezeichnen. Dadurch sei für den Beschwerdeführer nicht erkennbar, welche Voraussetzungen nicht erfüllt seien, sodass er die Verfügung nicht zureichend habe anfechten können (BVer-act. 1 BS 6).

E. 4.2

Die Parteien haben im Verwaltungsverfahren und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29 ff. VwVG). Dazu gehört, dass die Behörde ihren Entscheid in nachvollziehbarer Weise begründet, sodass er sachgerecht angefochten werden kann (Art. 35 Abs. 1 VwVG). In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sie sich hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Dabei kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Welchen Anforderungen eine Begründung zu genügen hat, ist im Einzelfall anhand der konkreten Umstände und der Interessen der Betroffenen festzulegen. Je weiter der Entscheidungsspielraum, je komplexer die Sach- und Rechtslage, und je schwerwiegender der Eingriff in die Rechtsstellung der betroffenen Person, desto höhere Anforderungen sind an die Begründung zu stellen (BVGE 2017 I/4 E. 4.2; Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., 2013, Rz. 629 ff.; je m.w.H.).

E. 4.3

Die Vorinstanz führte in ihrer Verfügung vom 14. Juni 2017 aus, dass die Voraussetzungen von Art. 23 AIG nicht erfüllt seien, da die 18-monatige Ausbildung des Beschwerdeführers zur Ausübung der von ihm geplanten Geschäftstätigkeit nicht ausreiche und er über keine nachgewiesene Erfahrung in der Unternehmensführung verfüge; insbesondere habe er die geltend gemachte Tätigkeit als Sektionsleiter Export/Import nicht belegt. Für den Beschwerdeführer war damit auch ohne Bezeichnung des konkreten Absatzes erkennbar, inwiefern die Vorinstanz die Voraussetzungen von Art. 23 AIG für nicht erfüllt erachtete. Wie sich aus der vorliegenden Beschwerde ergibt, war er somit in der Lage, die Verfügung sachgerecht anzufechten.

E. 4.4

Die Vorinstanz ist ihrer Begründungspflicht somit nachgekommen und es liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beschwerdeführers vor.

E. 5.1

Als sri-lankischer Staatsangehöriger 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 Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation EFTA (EFTA-Übereinkommen, SR 0.632.31). Seine Zulassung als

sogenannter Drittstaatsangehöriger richtet sich deshalb nach dem AIG und dessen Ausführungsverordnungen, insbesondere der VZAE und der Verordnung des EJPD vom 13. August 2015 über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide (Zustimmungsverordnung, SR 142.201.1).

E. 5.2

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 selbstständigen oder unselbstständigen Erwerbstätigkeit nach Art. 18 bis 25 AIG zu befinden (Art. 83 Abs. 1 Bst. a VZAE). Dieser Vorentscheid ist dem SEM zur Zustimmung zu unterbreiten (Art. 85 Abs. 1 und 2 VZAE i.V.m. Art. 1 Zustimmungsverordnung). 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 Sachentscheidungskompetenz des Bundes ohne Bindung an die Beurteilung durch die kantonale Behörde (BVGE 2011/1 E. 5.2 m.H.).

E. 6.1

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet ein Gesuch um Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit. Gemäss Art. 19 AIG setzt die Zulassung zur selbstständigen Erwerbstätigkeit voraus, dass diese dem gesamtwirtschaftlichen Interesse entspricht (Bst. a), die dafür notwendigen finanziellen und betrieblichen Voraussetzungen erfüllt werden (Bst. b) und die Voraussetzungen nach den Artikeln 20 und 23-25 AIG erfüllt sind (Bst. c). Dazu gehören die Begrenzungsmassnahmen (Art. 20 AIG), das Vorliegen bestimmter persönlicher Voraussetzungen bei der ausländischen Person, um deren Zulassung es geht (Art. 23 AIG), die Existenz einer bedarfsgerechten Wohnung (Art. 24 AIG) sowie besondere Regeln für Grenzgänger (Art. 25 AIG). Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (vgl. etwa Art. 25 Abs. 2 AIG), müssen die Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein.

E. 6.2

In der Bundesverwaltungsrechtspflege gilt zwar der Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG), jedoch wird dieser durch die in Art. 13 VwVG und Art. 90 AIG verankerte Mitwirkungspflicht des Beschwerdeführers relativiert. Wo dieser seiner Mitwirkungspflicht nicht nachkommt, ist die Behörde daher nicht gehalten, von Amtes wegen zu ermitteln. Sie kann gestützt auf das gesammelte Tatsachenmaterial zu seinem Nachteil entscheiden (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.5; Christoph Auer/Anja Martina Binder, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2. Aufl., 2019, Rz. 3 ff., 15 ff., 19 f. zu Art. 13).

E. 7

Strittig ist vorliegend, ob das gesamtwirtschaftliche Interesse in Art. 19 Bst. a AIG und die persönlichen Voraussetzungen nach Art. 23 Abs. 1 AIG zur Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit vorliegen, wobei die Vorinstanz beides als nicht erfüllt betrachtet.

E. 8.1

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 Kognition unterliegt (vgl. Art.

49 VwVG). Der unbestimmte Rechtsbegriff des gesamtwirtschaftlichen Interesses soll allerdings 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 Behörde daher ein relativ erheblicher Beurteilungsspielraum zuzugestehen, in den der Richter nicht eingreift, solange dessen Handhabung als vertretbar erscheint (Urteil des BVGer F-3384/2017 vom 20. Dezember 2018 E. 6.1; Benjamin Schindler, a.a.O., Rz. 3 ff., 12, 19 ff. zu Art. 49).

E. 8.2

Das Erfordernis des gesamtwirtschaftlichen Interesses dient der qualitativen Steuerung der Migration erwerbstätiger Ausländerinnen und Ausländer (vgl. Art. 3 AIG). Sein Vorliegen darf daher nicht leichthin angenommen werden (Urteil F-3384/2017 E. 6.2). Bei der Beurteilung des gesamtwirtschaftlichen Interesses an der Erwerbstätigkeit ausländischer Personen im Rahmen der Neuansiedlung bzw. Neugründung von Unternehmen muss nach den Weisungen der Vorinstanz der Nachweis nachhaltig positiver Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt Schweiz erbracht werden. Davon 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 (Ziff. 4.7.2.1 der Weisungen des SEM im Ausländerbereich, online abrufbar unter: < www.sem.admin.ch > Publikation & Service > Weisungen und Kreisschreiben > I. Ausländerbereich > 4 Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit, Stand 1. Januar 2019, abgerufen im März 2019).

E. 8.3

Es liegt in der Natur der Zulassungsvoraussetzung des gesamtwirtschaftlichen Interesses, dass erst die Zukunft weist, ob es auch tatsächlich realisiert wird. Kann ein gesamtwirtschaftliches Interesse an den von der ausländischen Person in Aussicht gestellten Auswirkungen der Neugründung bzw. Neuansiedlung eines Unternehmens auf den Arbeitsmarkt und die Wirtschaft grundsätzlich bejaht werden, ist deren Realisierung jedoch noch ungewiss, kann es der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebieten, die Zustimmung nicht zu verweigern, sondern vorerst mit Bedingungen zu verbinden (Art. 86 Abs. 1 VZAE).

E. 9.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, die von ihm geplante Geschäftstätigkeit würde zur Diversifikation der regionalen Wirtschaft beitragen, indem er spezielle Meeresfrüchte und Gemüse (vgl. die Liste in SEM-act. S. 29) importiere und vertreibe, die bei Schweizer Detailhändlern nicht angeboten würden. Derzeit gäbe es nur zwei Grosslieferanten für die genannten Lebensmittel, die infolge fehlenden Wettbewerbs überhöhte Preise verlangen würden. Das gesamtwirtschaftliche Interesse an seiner Erwerbstätigkeit sei daher zu bejahen (BVGer-act. 1; SEM-act. S. 16 f., 35 f.).

E. 9.2

Die Vorinstanz verneint hingegen das Vorliegen eines gesamtwirtschaftlichen Interesses. Es fehle eine Markt- und Konkurrenzanalyse, sodass die Nachfrage nach der geplanten Geschäftstätigkeit des Beschwerdeführers nicht beurteilt werden könne. Es sei nicht nachvollziehbar, wie mit der geplanten Tätigkeit ein Umsatz von über 2 Millionen Franken erzielt werden könne und wieso die Lebensmittelläden die Waren beim Beschwerdeführer

und nicht direkt bei den Grosshändlern beziehen sollen (SEM-act. S. 46; BVGer-act. 5).

E. 10

Im Folgenden ist zu prüfen, ob es dem Beschwerdeführer anhand seiner Vorbringen und der eingereichten Unterlagen gelungen ist, glaubhaft darzulegen, dass an der von ihm geplanten selbstständigen Erwerbstätigkeit ein gesamtwirtschaftliches Interesse besteht.

E. 10.1

Dem Gesuch des Beschwerdeführers wurde - trotz Aufforderung des SEM - kein Businessplan beigelegt, welcher eine zuverlässige Einschätzung der Erfolgsaussichten und Risiken der geplanten Geschäftstätigkeit erlauben würde (vgl. zu den Anforderungen an einen Businessplan Urteil des BVGer F-5678/2015 vom 22. Dezember 2017 E. 7.3). Die Finanzmittelplanung für die Jahre 2017 und 2018 (SEM-act. S. 41 f.) ist zu vage, um daraus Schlüsse auf die geplante Geschäftstätigkeit ziehen zu können. Ein Beitrag der geplanten Geschäftstätigkeit zur Diversifikation der regionalen Wirtschaft kann - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - nicht alleine aufgrund der Erweiterung des Angebots an speziellen Meeresprodukten angenommen werden. Der Beschwerdeführer behauptet im Übrigen, seine Geschäftstätigkeit würde die Konkurrenzsituation auf dem Markt verbessern, ohne dies durch eine entsprechende Analyse zu belegen. Ebenso wenig wurden Belege eingereicht, aus denen sich die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Nachfrage nach seinen Dienstleistungen ergeben würde. Unklar ist nach wie vor, worin genau der Mehrwert der vom Beschwerdeführer geplanten Feinverteilung der Meeresfrüchte an die Kleinhändler besteht und weshalb diese die Waren nicht direkt bei den Grosshändlern, sondern über einen Zwischenhändler beziehen sollen. Vor diesem Hintergrund ist nicht nachvollziehbar, wie mit der geplanten Geschäftstätigkeit ein Umsatz von über 2 Millionen Franken erzielt werden soll (SEM-act. S. 39 f.). Die Ausführungen des Beschwerdeführers zur geplanten Geschäftstätigkeit sind ausserdem widersprüchlich: Einerseits macht er geltend, dass sich die von ihm angebotenen Dienstleistungen wesentlich von denjenigen der Grosshändler unterscheiden würden; andererseits behauptet er, dass durch seinen Markteintritt eine Verbesserung der Wettbewerbssituation bewirkt werde, da er als Konkurrent im Verhältnis zu den Grosshändlern auftrete.

E. 10.2

Die Generierung von neuen Aufträgen für die Schweizer Wirtschaft wird - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - nicht belegt. Das Vorhandensein von konkreten organisatorischen Vorkehrungen und Verpflichtungen mit Unternehmen in der Schweiz und Deutschland wird zwar behauptet, allerdings fehlen einschlägige Auftragsbestätigungen. Die allgemeine Lieferbestätigung der D. _____ GmbH (SEM-act. S. 27) enthält keine konkreten Lieferpositionen oder Angaben zum Wert der bestellten Waren, sodass auf das Bestehen konkreter Aufträge geschlossen werden könnte. Auch die dem Gesuch beigelegte Bestätigung betreffend die Miete des Kühlraums bei der E. _____ (SEM-act. S. 28) vermag daran nichts zu ändern, da es sich hierbei nicht um einen Auftrag an den Beschwerdeführer handelt. Die Behauptung des Beschwerdeführers, er könne den Kundenstamm der E. _____ übernehmen (SEM-act. S. 17), wird nicht belegt; die Nachfolgeregelung an sich bedeutet ausserdem keine Generierung neuer Aufträge.

E. 10.3

Der Beschwerdeführer macht sodann geltend, drei Vollzeitstellen für Einheimische zu schaffen. Die entsprechenden Personalkosten von rund 12'600 sind als Position in der

Liquiditätsplanung vermerkt (SEM-act. S. 39 f.). Der Beschwerdeführer legt jedoch nicht dar, inwiefern sich die neuen Arbeitsplätze in eine Personalplanung sowie den Aufbau des beabsichtigten Betriebs einfügen. Auch die übrigen Angaben lassen nicht mit der notwendigen Substantiierung auf eine realistische Chance schliessen, dass Arbeitsplätze tatsächlich geschaffen werden (Standort der Kühllager sowie der möglichen Handelspartner).

E. 10.4

Im Übrigen ist nicht ersichtlich, inwiefern der Beschwerdeführer erhebliche Investitionen getätigt haben soll. Das Kapital von knapp Fr. 46'000.- auf dem Postcheckkonto des Beschwerdeführers (SEM-act. S. 25) belegt keine Investition, da dieses nicht gebunden ist. Daher vermag auch das Argument des Beschwerdeführers, sein Kapital sei deshalb als erhebliche Investition zu qualifizieren, weil für eine GmbH-Gründung Fr. 20'000.- ausreichen, nicht zu überzeugen.

E. 10.5

Schliesslich geht auch der Einwand des Beschwerdeführers, das gesamtwirtschaftliche Interesse an der von ihm geplanten selbstständigen Erwerbstätigkeit liege deshalb vor, weil es von der kantonalen Vorinstanz bejaht worden sei, ins Leere. Die Einschätzung der kantonalen Vorinstanz kann im vorliegenden Verfahren nicht massgebend sein (vgl. hierzu vorn E. 5.2. am Ende).

E. 10.6

Zusammenfassend scheidet die Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid schon am fehlenden Nachweis eines gesamtwirtschaftlichen Interesses an der selbstständigen Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers. Bei dieser Sachlage braucht nicht weiter geprüft zu werden, ob die persönlichen Voraussetzungen gemäss Art. 23 AIG erfüllt wären.

E. 10.7

Nach dem Gesagten geht auch die Rüge des Beschwerdeführers, wonach die Vorinstanz das Willkürverbot in Art. 9 BV verletzt habe, indem sie das Vorliegen der Zulassungsvoraussetzungen zur selbstständigen Erwerbstätigkeit grundlos verneint habe, ins Leere.

E. 11

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

E. 12

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Eine Parteientschädigung steht ihm aufgrund seines Unterliegens nicht zu. (Dispositiv nächste Seite)