

# **BVGer F-45/2016 vom 27. November 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-11-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_F-45\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-45_2016)

FR: TAF F-45/2016 du 27 novembre 2017

IT: TAF F-45/2016 del 27 novembre 2017

## **Regeste**

Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid des Kantons

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

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

### **E. 1.2**

Als Gesuchsteller und Arbeitgeber des Beschwerdeführers wird auf dem bei der kantonalen Arbeitsmarktbehörde eingereichten Antragsformular die C.\_\_\_\_\_ GmbH aufgeführt, weshalb sich die Frage stellt, ob der Beschwerdeführer nach der Löschung der Gesellschaft überhaupt noch ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufrechterhaltung des Beschwerdeverfahrens hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Sowohl die kantonale Arbeitsmarktbehörde als auch die Vorinstanz gingen bei der Beurteilung des Gesuchs - wohl aufgrund der beherrschenden Stellung des Beschwerdeführers in der Gesellschaft - von einer selbständigen Erwerbstätigkeit aus. Weil der Beschwerdeführer die angestrebte Tätigkeit auch ohne die Gesellschaft ausüben könnte, dürfte er nach wie vor ein schützenswertes Interesse haben, bzw. kann diese Frage aufgrund der nachfolgenden Erwägungen offengelassen werden. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist demzufolge im dargelegten Rahmen einzutreten (Art. 49 ff. VwVG).

### **E. 1.3**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Angelegenheit endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG).

### **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 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. 3**

Als Staatsangehöriger von Burkina Faso 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 als sogenannter Drittstaatsangehöriger 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 SEM zur Zustimmung zu unterbreiten (Art. 85 Abs. 1 und 2 VZAE i.V.m. Art. 1 der Verordnung des EJPD vom 13. August 2015 über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide, SR 142.201.1). 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 (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 m.w.H.).

#### **E. 4.2**

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist - wie bereits erwähnt - ein Gesuch um Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit, weshalb sich die Frage des Vorranges von inländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bzw. von Angehörigen von Staaten, mit denen eine Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde, nicht stellt (vgl. Art. 21 AuG). Ebenfalls keine Rolle spielen Lohn- und Arbeitsbedingungen (vgl. Art. 22 AuG). Gemäss Art. 19 AuG setzt die Zulassung zur selbständigen 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 AuG erfüllt sind (Bst. c). Dazu gehören die Begrenzungsmassnahmen (Art. 20 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**

Aufenthaltsbewilligungen an Drittstaatsangehörige können 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**

Zentrale Punkte für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache bilden das gesamtwirtschaftliche Interesse nach Art. 19 Bst. a AuG und die notwendigen finanziellen und betrieblichen Voraussetzungen für die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit gemäss Art. 19 Bst. b AuG, wobei die Vorinstanz beides als nicht erfüllt betrachtet.

### **E. 5.1**

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 (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 Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 419 f. m.H.).

### **E. 5.2**

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: Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, 2010, N. 2 ff. zu Art. 3). Sein Vorliegen darf daher nicht leichthin angenommen werden. Vor diesem Hintergrund sind die in den Weisungen niedergelegten strengen Kriterien der Vorinstanz (vgl. Ziff. 4.7.2.1 der Weisungen des SEM im Ausländerbereich, online abrufbar unter: [www.sem.admin.ch](http://www.sem.admin.ch) > Publikation & Service > Weisungen und Kreisschreiben > I. Ausländerbereich > 4 Aufenthalt und Erwerbstätigkeit), anhand derer sie das gesamtwirtschaftliche Interesse an einer selbständigen Erwerbstätigkeit ausländischer Personen im Rahmen der Neuansiedlung bzw. Neugründung von Unternehmen beurteilt, nicht zu beanstanden. Danach kann von einem nachhaltigen Nutzen für den Arbeitsmarkt Schweiz gesprochen werden, wenn das neue Unternehmen oder die selbständig erwerbstätige Person 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. u.a. Urteile des BVerfG C-2485/2011 vom 11. April 2013 E. 6.2 und C-3167/2009 vom 3. September 2012 E. 5.5; zum Stellenwert der Weisungen des SEM im Ausländerbereich vgl. BVGE 2011/1 E. 6.4).

#### **E. 5.2.1**

Der dem Gesuch zugrunde gelegte Businessplan stammt aus dem Jahre 2010 und dürfte - wie die Vorinstanz zutreffend ausführte - nicht mehr aktuell sein, zumal die IT-Branche einem raschen Wandel untersteht. Daran vermögen auch die Einwände des Beschwerdeführers nichts zu ändern, wonach in casu die Betriebssysteme und auch die entsprechenden Auswertungen der Daten weiterhin auf dem gleichen Standard basieren

würden. Auch der Hinweis, es sei selbstverständlich, dass die Anwender von Computerprogrammen mit der Zeit gehen und dem technischen Fortschritt folgen würden, entbindet einen Gesuchsteller nicht davon, den Businessplan vor Aufnahme der operativen Geschäftstätigkeit den aktuellen Gegebenheiten anzupassen. Aktuelle, vollständige und nachvollziehbare Angaben zur vorgesehenen Geschäftstätigkeit sind nicht vorhanden. Somit fehlt der Nachweis, dass die Aufnahme der operativen Geschäftstätigkeit durch den Beschwerdeführer zu einem nachhaltigen Nutzen für den Arbeitsmarkt Schweiz führt.

#### **E. 5.2.2**

Das Potential für die Schaffung von Arbeitsplätzen für einheimische Personen und die Erwirtschaftung von namhaften Umsätzen wird - entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers - durch die beiden Offerten (D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_) weder belegt noch glaubhaft gemacht. Allein aus dem Umstand, dass er bei diesen Firmen offerieren durfte und beispielsweise die E.\_\_\_\_\_-Offerte eine Anzahlung von 25 % (aus CHF 603'832.32) bei Bestellung vorsieht, kann der Beschwerdeführer noch nichts zu seinen Gunsten ableiten. Es handelt sich dabei ausschliesslich um Offerten, denen keine verbindlichen Zusagen gegenüberstehen. Wird das Angebot abgelehnt, können mangels Einkünfte keine entsprechenden Umsätze erwirtschaftet und auch keine einheimischen Arbeitsplätze geschaffen werden. Nach dem Konkurs der C.\_\_\_\_\_ GmbH, in deren Namen der Beschwerdeführer Offerten gemacht hat, ist es ohnehin fraglich, ob er überhaupt noch mit derartigen Aufträgen rechnen kann. Daran vermag auch das erst im November 2017 nachgereichte Bestätigungsschreiben des SECO nichts zu ändern. Selbst wenn er in diesem Fall mit dem Auftrag rechnen kann, werden damit kaum zusätzliche einheimische Arbeitsplätze geschaffen oder namhafte Umsätze erwirtschaftet (Angaben über das Auftragsvolumen wurden keine gemacht). Ausserdem ist nicht ersichtlich, inwiefern durch den Beschwerdeführer erhebliche Investitionen getätigt wurden bzw. würden. Die geltend gemachten Investitionen in die Büroinfrastruktur können, auch wenn diese vorliegend zur Aufnahme der operativen Tätigkeit genügen würden, auf jeden Fall nicht als erheblich qualifiziert werden.

#### **E. 5.3**

Die finanziellen und betrieblichen Voraussetzungen für die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit sind spätestens nach dem Konkurs der C.\_\_\_\_\_ GmbH klar nicht erfüllt. Nach dem Konkurs und der Auflösung der GmbH existiert kein Gesellschaftsvermögen mehr. Vom Konkurs betroffen ist schliesslich auch die Büroeinrichtung bzw. das Büromaterial. Ferner verfügt der Beschwerdeführer selber über keine finanziellen Reserven, zumal ihm für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden musste. Damit kann er den Nachweis, dass genügend Kapital und die notwendige betriebliche Einrichtung für die Aufnahme der beabsichtigten Tätigkeit vorhanden ist, nicht erbringen.

#### **E. 5.4**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass kein gesamtwirtschaftliches Interesse festgestellt werden kann und auch die finanziellen und betrieblichen Voraussetzungen für die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit durch den Beschwerdeführer nicht gegeben sind.

#### **E. 6**

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

#### **E. 7**

Bei diesem Verfahrensausgang wären dem Beschwerdeführer grundsätzlich die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 5 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Da ihm aber mit Zwischenverfügung vom 16. Februar 2016 die unentgeltliche Rechtspflege samt Rechtsverteiständung gewährt wurde, ist er von der Pflicht zur Bezahlung von Verfahrenskosten zu befreien. Zudem ist der als amtlich eingesetzte Rechtsvertreter aus der Gerichtskasse zu entschädigen (vgl. Art. 12 VGKE). Der Rechtsvertreter reichte am 13. Juni 2016 eine Kostennote ein, wobei er 19.30 Stunden zu einem Stundenansatz von Fr. 250.-, 4.21 Stunden zu einem Ansatz von Fr. 100.-, Auslagen von Fr. 60.80 und MwSt. von Fr. 424.50.- in Rechnung stellte (Total: Fr. 5'731.30). In Berücksichtigung des Umfangs und der Notwendigkeit der Eingaben, der Schwierigkeit der Streitsache in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht, der aktenkundigen Bemühungen sowie der Bandbreite der bislang ausgerichteten Entschädigungen für vergleichbare Fälle ist die Parteientschädigung nach Massgabe der einschlägigen Bestimmungen auf Fr. 3'000.- (inkl. Auslagen und MwSt.) festzusetzen (Art. 65 Abs. 2 f. VwVG i.V.m. Art. 8 ff. und Art. 14 Abs. 2 VGKE). Der Beschwerdeführer hat die Entschädigung für den amtlichen Anwalt zurückzuerstatten, sollte er später zu hinreichenden Mitteln gelangen (vgl. Art. 65 Abs. 4 VwVG).

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