

SO_GERICHTE VWBES.2017.347 vom 30. August 2017

SO Obergericht, 2017-08-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2017.347

FR: SO_GERICHTE VWBES.2017.347 du 30 août 2017

IT: SO_GERICHTE VWBES.2017.347 del 30 agosto 2017

Erwägungen

E. 1

Die A.____ GmbH (nachfolgend Beschwerdeführerin genannt), vertreten durch B.____, ersuchte das Migrationsamt am 18. Juli 2017 um Erteilung einer Grenzgängerbewilligung als Geschäftsleiter/Bauleiter für den aus der Türkei stammenden B.____, wohnhaft in Weil am Rhein, Deutschland. Vorausgegangen war ein Stelleninserat der Beschwerdeführerin, mit dem sie einen diplomierten Bauleiter gesucht, aber niemanden gefunden hatte. Deshalb wollte B.____ die Stelle selber übernehmen.

E. 2

Mit Verfügung vom 30. August 2017 lehnte das Migrationsamt das Gesuch im Namen des Departements des Innern ab mit der Begründung, es sei nicht nachgewiesen worden, dass keine für die Stelle geeignete inländische Person oder jemand aus einem Staat, mit welchem ein Freizügigkeitsabkommen geschlossen worden sei, habe gefunden werden können. B.____ erfülle die Anforderung an das Stellenprofil nicht und werde nun trotzdem als geeignet bezeichnet. Dies zeige auf, dass die Anforderungen in der Stellenausschreibung zu hochgesteckt und teilweise fachlich nicht relevant gewesen seien.

E. 3

Gegen diese Verfügung erhob die A.____ GmbH, vertreten durch B.____, mit Schreiben vom 10. September 2017 (Postaufgabe am 11. September 2017) Beschwerde an das Verwaltungsgericht und ersuchte um Erteilung der Grenzgängerbewilligung. Zudem solle das Gericht darüber entscheiden, welche Tätigkeiten ein Geschäftsführer, der in der Schweiz für seine Firma eingetragen sei, ausüben dürfe und welche nicht.

Es seien alle benötigten Unterlagen zur Erlangung der Grenzgängerbewilligung eingereicht worden. Es treffe nicht zu, dass ein diplomierter Bauleiter gesucht werde, wie dies das Migrationsamt schreibe. Laut Stelleninserat werde lediglich die Anforderung einer abgeschlossenen Wirtschaftslehre vorausgesetzt. B.____ erfülle auch das Kriterium der mehrjährigen Berufserfahrung nach Art. 23 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.11).

Er sei weder vom kantonalen Migrationsamt noch vom Bundesamt für Migration kompetent darüber beraten worden, wie er an die Grenzgängerbewilligung gelangen könne. Er habe zurzeit keinen Geschäftsführer, der seine Firma in der Schweiz vertreten könne. Er habe lediglich ein bis zwei telefonische Bewerbungen gehabt, deren Lohnvorstellungen nicht hätten akzeptiert werden können. Die GmbH mit einem Kapital von CHF 20'000.00 könne es sich nicht leisten, einen Geschäftsführer anzustellen, der den Markt nicht kenne, dem zuerst Kurse zur Einarbeitung bezahlt werden müssten und der zwei bis drei Monate brauche, bis er das Ganze etwas gelernt habe und planen könne.

Er als Kleinunternehmer wolle in der Schweiz nachhaltig ein Unternehmen aufbauen und im Interesse der Schweizer Wirtschaft Arbeitsplätze schaffen. Es gehe hier um seine Existenz und um sein Familienleben. Obwohl er alle Voraussetzungen erfüllt habe, sei seine Grenzgängerbewilligung abgelehnt worden.

E. 4

Mit Vernehmlassung vom 20. September 2017 beantragte das Migrationsamt namens des Departements des Innern die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolgen.

Beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) sei klar ein diplomierter Bauleiter mit abgeschlossener Wirtschaftslehre gesucht worden, in den weiteren Inseraten sei dann ein Geschäftsführer mit abgeschlossener Wirtschaftslehre gesucht worden. Da diese Suchbemühungen erfolglos geblieben seien ■ wozu aber eine Bestätigung des RAV fehle ■ sei ein Arbeitsvertrag mit B.____ geschlossen worden, welcher weder diplomierter Bauleiter sei und noch eine Wirtschaftslehre abgeschlossen habe. Somit habe die Stellenausschreibung Anforderungen enthalten, die für die offene Stelle nicht relevant seien. Dies im Zusammenhang mit der Tatsache, dass B.____ selbst der Gründer des Unternehmens sei, lasse die ausgeschriebenen zu hohen Anforderungen als reine Erforderniserbringung erscheinen, damit kein Geschäftsführer gefunden werden könne. Hierfür spreche auch die Begründung, weshalb die «ein bis zwei Interessenten» - welche in der Beschwerde zum ersten Mal erwähnt würden ■ aufgrund zu hoher Lohnforderungen abgelehnt worden seien. Bei einem erwarteten Auftragsvolumen von CHF 2'370'000.00, wie im Schreiben vom 24. Juli 2017 erwähnt worden sei, sollte es möglich sein, korrekte Löhne für diplomierte Geschäftsführer mit abgeschlossener Wirtschaftslehre zu bezahlen. Zusammenfassend seien Personen mit Vorrang aufgrund fachlich nicht relevanter Kriterien praktisch ausgeschlossen worden, womit Art. 21 AuG nicht erfüllt sei.

Art. 23 AuG sei nicht auf Grenzgänger anwendbar, weshalb es unerheblich sei, wenn der Bewerber über mehrjährige Berufserfahrung verfüge.

Nach Art. 22 AuG müsse ein orts-, berufs- und branchenüblicher Lohn von CHF 7'443.00 bezahlt werden, was vorliegend aufgrund der im Arbeitsvertrag vereinbarten unregelmässigen Arbeitszeit mit einem Stundenlohn nicht garantiert werden könne.

Es könne nicht Aufgabe der Behörde sein, der Beschwerdeführerin zu erklären, wie man ein Unternehmen vom Ausland aus leite, wenn die Voraussetzungen zur Erteilung einer Bewilligung in der Schweiz nicht erfüllt seien und man somit in der Schweiz nicht zur Erwerbstätigkeit berechtigt sei.

E. 5

Art. 21 AuG räumt inländischen Arbeitskräften und solchen aus dem EU/EFTA-Raum den Vorrang ein. Demzufolge können Drittstaatsangehörige nur dann zum schweizerischen Arbeitsmarkt zugelassen werden, wenn nachgewiesenermassen keine geeigneten Erwerbstätigen aus der Schweiz oder einem EU/EFTA-Staat, mit welchem ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde, gefunden werden können (Art. 21 Abs. 1 AuG). Das Vorliegen der Voraussetzungen nach Art. 21 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 (vgl. Urteil des

Bundesverwaltungsgerichts F-1992/2015 vom 10. März 2017 E. 5.1). Für Ausländerinnen und Ausländer mit Schweizer Hochschulabschluss gilt eine spezielle Regelung (Art. 21 Abs. 3 AuG). Zudem müssen die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden (Art. 22 AuG; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-388/2010 vom 21. Februar 2012, E. 6.3.1).

Gemäss Weisung des SEM sind die Arbeitgeber dazu anzuhalten, ihre offenen Stellen, die sie voraussichtlich nur mit ausländischen Arbeitskräften besetzen können, den Regionalen Arbeitsvermittlungszentren (RAV) möglichst frühzeitig zu melden. Die öffentliche Arbeitsvermittlung stellt ein wichtiges Instrument zur gesamtschweizerischen Ausschöpfung des inländischen Arbeitsmarktes dar. Daneben sollen die nötigen Anstrengungen mittels Inseraten in der Fach- und Tagespresse, mit Hilfe von elektronischen Medien sowie über die private Arbeitsvermittlung unternommen werden. Von den Arbeitgebern wird erwartet, dass diese auch Anstrengungen in der Form spezifischer Aus- und Weiterbildung von bereits auf dem Arbeitsmarkt verfügbaren Arbeitskräften unternehmen. 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 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. Zudem dürfen Personen mit Vorrang nicht aufgrund fachlich nicht relevanter Kriterien praktisch ausgeschlossen werden (vgl. Weisungen SEM, a.a.O., Ziff. 4.3.2.1 und 4.3.2.2, mit Hinweisen).

E. 6

Bereits der Umstand, dass B. ___ einziger Gesellschafter der A. ___ GmbH ist und sich nun durch die Firma als Geschäftsführer anstellen lassen will, ist ein starkes Indiz dafür, dass es vorliegend in erster Linie um die Anstellung einer bestimmten Person und nicht um die Besetzung der Stelle an sich geht. Die mit dem Bewilligungsgesuch eingereichten Unterlagen erscheinen denn auch nicht als echte Suchbemühungen, sondern als reine Erforderniserbringung, um die gesetzlichen Voraussetzungen zur Erlangung der Grenzgängerbewilligung zu erfüllen. So wurde denn die Stelle vor Gesuchseinreichung beim Migrationsamt vom 24. Juli 2017 auch einzig beim RAV ausgeschrieben, wobei ein diplomierter Bauleiter mit abgeschlossener Wirtschaftslehre gesucht wurde. Bei den weiteren Inseraten, bei welchen als Erfordernis das Bauleiterdiplom nicht mehr genannt wurde, wurde handschriftlich vermerkt «Anzeigenschaltung 02.08.2017» sowie «ohne Erfolg», «keine Bewerbung». In ihrer Beschwerde gibt die Beschwerdeführerin nun an, es hätten sich ein bis zwei Interessenten telefonisch gemeldet, die jedoch unrealistische Lohnvorstellungen gehabt hätten. Weitere Ausführungen zu diesen Bewerbungen werden nicht gemacht. Ob sich tatsächlich keine geeignete Person auf das Stelleninserat beworben hat, kann nicht nachgeprüft werden.

Sollte sich tatsächlich ausser den ein bis zwei telefonischen Interessenten niemand gemeldet haben, so dürften die Gründe für den mangelnden Erfolg der Ausschreibung darin liegen, dass der Begriff «Wirtschaftslehre» in der Schweiz nicht geläufig ist und deshalb unklar ist, was darunter überhaupt zu verstehen ist. Weiter wird die «Rechtssichere Anwendung der VOB» verlangt, also der deutschen Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, was für die Stelle in der Schweiz kaum ein relevantes Kriterium sein kann. Damit werden

Personen mit Vorrang aufgrund fachlich nicht relevanter Kriterien praktisch ausgeschlossen, was nicht zulässig ist.

Letztlich will die Beschwerdeführerin nun B.____ für diese Stelle einstellen, welcher gemäss seinem eingereichten Lebenslauf über keine der genannten Ausbildungen verfügt. Daraus ist zu schliessen, dass die in der Ausschreibung geforderte Ausbildung für die Stelle gar nicht relevant ist. B.____ gibt als Ausbildung in seinem Lebenslauf lediglich «Grundschule» und «Hauptschule» an, sowie eine 30-jährige Berufserfahrung in diversen Unternehmen, in welchen er jeweils Gesellschafter und Geschäftsführer gewesen sei. Personen ohne Ausbildung lassen sich auch in der Schweiz sowie im EU/EFTA-Raum zahlreich finden; offenbar hat sich die Beschwerdeführerin nicht genügend darum bemüht, eine Person aus der Schweiz oder dem EU/EFTA-Raum zu finden, um die Stelle besetzen zu können.

Die Argumentation der Beschwerdeführerin, das Gesetz erlaube es einer ausländischen Person, ein Unternehmen in der Schweiz zu gründen und in das Handelsregister eintragen zu lassen, womit es der ausländischen Person auch möglich sein müsse, zu bestimmen, wen sie anstellen wolle, geht fehl. Auch einem durch eine inländische Person gegründeten Unternehmen ist es nicht möglich, eine beliebige ausländische Person aus dem nicht EU/EFTA-Raum einzustellen, ohne die Voraussetzungen von Art. 21 AuG zu erfüllen. Allein aus einer Geschäftsgründung oder -beteiligung können denn im Bewilligungsverfahren auch keine Ansprüche abgeleitet werden (Art. 6 Abs. 2 VZAE).

E. 7

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, sie ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang hat die A.____ GmbH die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu bezahlen, die einschliesslich der Entscheidegebühr auf CHF 400.00 festzusetzen sind.

Demnach widerkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die A.____ GmbH hat die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 400.00 zu bezahlen.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Die Präsidentin
Scherrer Reber

Die Gerichtsschreiberin
Kaufmann

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