

SO_GERICHTE VWBES.2024.327 vom 14. Februar 2025

SO Obergericht, 2025-02-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2024.327_d20250214

FR: SO_GERICHTE VWBES.2024.327 du 14 février 2025

IT: SO_GERICHTE VWBES.2024.327 del 14 febbraio 2025

Regeste

Beschäftigungsgesuch

Erwägungen

E. 1

Die A.____ (nachfolgend Beschwerdeführerin genannt), vertreten durch B.____ und C.____, stellte am 7. Juli 2024 beim Migrationsamt (MISA) ein Beschäftigungsgesuch für den aus Sri Lanka stammenden D.____ (geb. [...] 1988) im Hinblick auf die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit als Koch.

E. 2

Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs wies das MISA das Gesuch mit Verfügung vom 3. Oktober 2024 ab. Als Begründung wurde angeführt, dass der Inländervorrang nach Art. 21 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG, SR 142.20) nicht ausreichend erfüllt sei. Die Suchbemühungen seien unzureichend gewesen bzw. neben der Bestätigung des regionalen Arbeitsvermittlungszentrums (RAV) und «derjobpartner.ch» seien den Gesuchsunterlagen keine weiteren Suchbemühungen beigelegt worden. Zudem handle es sich bei Herrn D.____ um einen Koch ohne Spezialisierung und somit um keine qualifizierte Arbeitskraft im Sinne des Ausländergesetzes. Das gesamtwirtschaftliche Interesse an der Besetzung der Stelle mit einem Drittstaatsangehörigen sei nicht vorhanden. Herr D.____ verfüge weder über eine abgeschlossene mehrjährige Kochausbildung mit Diplom als Spezialitätenkoch noch über eine langjährige Berufserfahrung. Er habe lediglich einen dreimonatigen Kurs für Kochen und Kochkunst absolviert. Art. 22 und 23 AIG seien nicht erfüllt. Die kontingentierte Aufenthaltsbewilligung könne deshalb nicht erteilt werden.

E. 3

Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin am 10. Oktober 2024 Beschwerde an das Verwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Gutheissung des Beschäftigungsgesuchs für D.____. Die Beschwerdeführerin begründete dies damit, dass alle erforderlichen Unterlagen eingereicht worden seien und sie dringend einen tamilischen Koch für ihr Unternehmen benötige. Es werde nach einem Koch für die tamilische Küche gesucht. Dabei handle es sich um eine Spezialküche und die Position könne nur von einem tamilischen Koch mit entsprechenden Kenntnissen besetzt werden. Das einzige Kriterium, das Herr D.____ nicht erfülle, sei, dass er keine zehnjährige Berufserfahrung habe. Es gäbe jedoch viele Menschen, die nach wenigen Jahren mehr Kompetenz zeigten als andere mit langjähriger Berufserfahrung. Die Beschwerdeführerin sei überzeugt, dass er ein exzellenter tamilischer Koch sei und alle Anforderungen der Stelle erfülle. Herr D.____ habe ausserdem einen dreimonatigen Kurs in der tamilischen

Küche erfolgreich absolviert und sei bereit bzw. habe schon begonnen, die deutsche Sprache zu lernen. Die umfangreichen Bemühungen seien dokumentiert worden. Es sei sehr schwierig, einen tamilischen Koch zu finden, der den Anforderungen entspreche.

E. 4

Mit Vernehmlassung vom 7. November 2024 beantragte das MISA die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge. Die Beschwerdeschrift bringe keine neuen Tatsachen oder Dokumente vor, weshalb auf eine Stellungnahme verzichtet werde. Es werde auf die Ausführungen in der Verfügung vom 3. Oktober 2024 sowie dem rechtlichen Gehör vom 16. September 2024 verwiesen. Sofern das Verwaltungsgericht die Voraussetzungen von Art. 21-23 AIG als erfüllt betrachte, sei darauf hinzuweisen, dass für Herrn D.____ ein Einreiseverbot, gültig vom 25. April 2024 bis 24. April 2028, bestehe. Das Beschäftigungsverbot sei somit auch dann abzulehnen, wenn die Voraussetzungen erfüllt wären.

E. 5

Am 28. November 2024 reichte die Beschwerdeführerin eine Stellungnahme ein. Der Stellungnahme lag ein Brief von Rechtsanwalt Rajeevan Linganathan bei, gemäss welchem das Verfahren betreffend Einreiseverbot noch beim Bundesverwaltungsgericht hängig sei. Weitere Unterlagen, die nicht bereits Teil der Akten waren, wurden nicht eingereicht. Die Beschwerdeführerin wies darauf hin, dass Herr D.____ im Besitz eines Führerausweises sei. Sie sei überzeugt, dass er die richtige Person für die Stelle sei. Mit seinen Erfahrungen könne man das Geschäft weiterhin erfolgreich und in vollem Umfang fortführen. Herr D.____ sei bestens mit der tamilischen Küche vertraut und besitze umfangreiche Kenntnisse in diesem Bereich.

E. 6

Der Arbeitgeber muss Suchbemühungen glaubhaft machen, die in zweckmässiger Art ein echtes Bemühen aufzeigen, die fragliche Stelle mit inländischen Arbeitskräften oder solchen aus dem EU/EFTA-Raum zu besetzen. Eine Kontaktaufnahme mit Drittstaatsangehörigen sollte erst erfolgen, nachdem solche Suchbemühungen tatsächlich erfolglos geblieben sind. Suchbemühungen sollen nicht als blosse «Erforderniserbringung» erscheinen. Eine «Mund-zu-Mund-Propaganda» oder das Argument, unter den zahlreichen Spontanbewerbungen keine geeignete Person gefunden zu haben, genügen nicht (Schlegel, a.a.O., N 14). Als erfolglose Suche gelten aktive Suchbemühungen, die sich auch so dokumentieren lassen (Schlegel, a.a.O., N 14). Zudem dürfen Personen mit Vorrang nicht aufgrund fachlich irrelevanter Kriterien ausgeschlossen werden (z.B. durch für einen Tätigkeitsbereich nicht zwingend erforderliche Sprachkenntnisse, Auslandsaufenthalte oder Nachweise über Fachkenntnisse, die nur einen geringen Zusammenhang zum Tätigkeitsbereich aufweisen; vgl. Weisungen und Erläuterungen des SEM, a.a.O., Ziff. 4.3.2.2).

Die Tatsache, dass eine vom Arbeitgeber favorisierte Person, diesem bereits vor der Ausschreibung und Meldung der Stelle bekannt war, steht deren Zulassung indessen nicht entgegen: Namentlich kann nicht automatisch gefolgert werden, die Suchbemühungen seien zur «blossen Erforderniserbringung» erfolgt. Dem Arbeitgeber muss die Glaubhaftmachung erlaubt sein, dass anstelle der von ihm favorisierten Person tatsächlich keine geeignete inländische Arbeitskraft verfügbar ist. Ein Nachweis, es habe weder in der Schweiz, noch im EU/ETFA-Raum eine geeignete Arbeitskraft gefunden werden können, kann kaum

erbracht werden. Ein Glaubhaftmachen genügt (Marc Spescha in: Marc Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, Zürich 2019, Art. 21 AIG N 4).

E. 7

Zunächst ist festzuhalten, dass die offene Stelle als Koch dem RAV gemeldet wurde. Dies reicht jedoch noch nicht aus, um die Anforderungen von Art. 21 AIG erfüllen zu können. Es müssen noch weitere Suchbemühungen angestellt und dokumentiert worden sein. Den Akten wurden vier E-Mails von Bewerbern beigelegt. Zudem wird nur der Rekrutierungskanal «derjobpartner.ch» neben der obligatorischen Publikation im RAV aus den Akten ersichtlich. Die dazugehörigen Stellenanzeigen sind nicht Bestandteil der Akten. Anhand welchen Kriterien Herr D.____ ausgewählt und die anderen Bewerber ausgeschlossen wurden, ist nicht ersichtlich. Auffällig ist, dass nach dem 8. Mai 2024 keine Suchbemühungen mehr angestrebt wurden bzw. sich keine solchen aus den Akten ergeben. Zudem wurde das Beschäftigungsgesuch am 7. Juli 2024 ausgefüllt, ging aber erst am 11. September 2024 beim Migrationsamt ein. Aus den Akten geht nicht hervor, warum das Beschäftigungsgesuch so spät eingereicht wurde, obwohl das Beschäftigungsgesuch und der Arbeitsvertrag bereits unterzeichnet waren. Ein Grund dafür könnte sein, dass noch nach weiteren geeigneten Personen gesucht wurde. Hinweise darauf sind den Akten jedoch nicht zu entnehmen und würden auch dem von Herrn D.____ bereits unterzeichneten Arbeitsvertrag widersprechen. Es gibt jedoch Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin ab Mai 2024 die Stelle mit Herrn D.____ besetzen wollte. Auffällig ist insbesondere, dass Herr D.____ erst im Mai 2024 (wieder) begonnen hat, die Voraussetzungen für die Stelle und den Beschäftigungsantrag zu erfüllen. Herr D.____ hat erst im Mai 2024 wieder eine Stelle als «Chef de Partie Specialized Sri Lankan Local cuisine» angenommen. Aus den Akten geht hervor, dass er zuletzt im März 2014 eine ähnliche Position innehatte. Mit dem Sprachkurs Deutsch A1 hat er am 10. Juni 2024 begonnen. Der Führerausweis wurde am 14. Juni 2024 erneuert. Inwieweit Inländerinnen und Inländer oder Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus EU-/EFTA-Staaten die Anforderungen der fraglichen Stelle nicht erfüllen können, ist aus den Akten nicht ersichtlich. Als Grund für die Einstellung von Herrn D.____ wurde ausgeführt, dass man ihn persönlich bei der Arbeit beobachtet habe und man überzeugt sei, dass er alle Anforderungen an die Stelle vollständig erfülle. Man sei sich sicher, dass Herr D.____ ein exzellenter Koch sei. In der Stellungnahme vom 28. November 2024 wurde nochmals ausgeführt, dass er die richtige Person für sie sei. Er sei bestens mit der tamilischen Küche vertraut und besitze umfangreiche Kenntnisse in diesem Bereich. Welche besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten ihn von inländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern oder solchen aus dem EU/EFTA-Raum unterscheidet, geht aus den Akten nicht hervor. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin weisen jedoch darauf hin, dass eine tamilische Köchin oder ein tamilischer Koch mit den entsprechenden Kenntnissen gesucht wird. Im vorliegenden Fall reichen die eingereichten E-Mails von den Bewerbern und die weiteren Unterlagen jedoch nicht aus, um ernsthafte Suchbemühungen glaubhaft zu machen. Die Suchbemühungen nach inländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern oder aus dem EU/EFTA-Raum müssen tatsächlich erfolglos gewesen sein, bis Kontakt mit Personen aus Drittstaaten aufgenommen werden kann. Ein echtes Bemühen nach inländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern oder aus dem EU/EFTA-Raum kann mit den eingereichten Unterlagen nicht dargelegt werden. Das Argument, dass bereits im Freundes- und Verwandtenkreis nach geeigneten Personen gesucht worden sei, reicht nicht aus, um das Erfordernis der umfassenden Suchbemühungen zu erfüllen. Die Suchbemühungen

wurden zudem gemäss den vorliegenden Akten im Mai 2024 beendet. Am 8. Juli 2024 wurde der Arbeitsvertrag mit Herrn D.____ abgeschlossen, wobei das entsprechende Beschäftigungsgesuch erst am 11. November 2024 beim Migrationsamt eingegangen ist. Inwieweit auch Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus anderen EU/EFTA-Staaten gesucht wurden, ist nicht ersichtlich. Ebenso wenig wurde dargelegt, ob und inwieweit auch inländische Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und solche aus dem EU/EFTA-Raum mit entsprechender Aus- und Weiterbildung eingesetzt werden können. Die Stelle verlangt zwar einen Koch oder eine Köchin mit Kenntnissen und Fähigkeiten in der tamilischen Küche, es ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb solche Arbeitskräfte nicht in der Schweiz oder im EU/EFTA-Raum gefunden werden können. Dass weder in der Schweiz noch im EU/EFTA-Raum geeignete Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer gefunden werden können, ist zwar schwer nachzuweisen, wurde aber im vorliegenden Fall auch nicht glaubhaft gemacht (vgl. Spescha, a.a.O., N 4). Ansonsten könnten alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus Drittstaaten in die Schweiz kommen, die aufgrund ihres kulturellen Hintergrundes und/oder ihrer Ausbildung mit einer Spezialküche vertraut sind. Dies stünde im Widerspruch zur Stärkung der beruflichen Integration von inländischen Arbeitskräften und solchen aus EU/EFTA-Staaten. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts werden in geografischer wie fachlicher Hinsicht ausgedehnte Suchbemühungen verlangt (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-1123/2013 E. 6.5 und C-106/2013 E. 7.2). Die gewählten Rekrutierungskanäle sind nicht umfassend genug und - soweit dies aus den Akten ersichtlich wird - auch in zeitlicher Hinsicht zu kurz genutzt worden. In Anlehnung an die beiden zitierten Urteile des Bundesverwaltungsgerichts, in denen die Stellenausschreibungen ebenfalls nur kurz genutzt und auf wenigen Rekrutierungskanälen veröffentlicht wurden, kann im vorliegenden Fall ein Zeitraum von weniger als drei Monaten und nur auf einem Rekrutierungskanal als unzureichend angesehen werden. Eine fachspezifische Suche ergibt sich aus den Akten ebenfalls nicht. Art. 21 AIG ist nicht erfüllt. Darüber hinaus ist die Aufenthaltsbewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit insbesondere qualifizierten Arbeitskräften vorbehalten.

E. 8

Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligungen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit können nur Führungskräften, Spezialistinnen und Spezialisten und anderen qualifizierten Arbeitskräften erteilt werden (Art. 23 Abs. 1 AIG). Diese Begriffe werden im Gesetz nicht definiert, weshalb je nach Berufsfeld ein Universitätsabschluss, ein Fachhochschuldiplom, eine besondere fachliche Ausbildung mit mehrjähriger Berufserfahrung, ein Beruf mit Zusatzausbildung oder ausserordentliche, unerlässliche Spezialkenntnisse verlangt werden (Schlegel, a.a.O., Art. 23 AIG N 7). Der Begriff «qualifizierte Arbeitskräfte» bezieht sich nicht nur auf hoch qualifizierte Arbeitskräfte, sondern auch auf ausländische Arbeitskräfte, wenn die von ihnen angebotene Dienstleistung einer Nachfrage entspricht, die nicht durch inländische Arbeitskräfte gedeckt werden kann (Schlegel, a.a.O., Art. 23 AIG N 8). Die genauen Anforderungen an eine Köchin oder Koch für Spezialitätenrestaurants wird in Ziff. 4.7.9.1.1 der Weisungen und Erläuterungen des SEM festgelegt. Folgende Voraussetzungen müssen demnach erfüllt sein, damit eine Köchin oder ein Koch für Spezialitätenrestaurants zugelassen werden kann (Weisungen und Erläuterungen des SEM, a.a.O., Kapitel 4.7.9.1.1.):

Inwieweit diese Anforderungen erfüllt werden, wird aus den Akten nicht ersichtlich und kann vorerst offenbleiben. Relevant und vor allem umstritten ist, ob die Anforderungen an den Berufsmann oder die Berufsfrau erfüllt sind.

E. 8.5

Jahren vorweisen. Ihm kann somit keine Aufenthaltsbewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit erteilt werden kann, da er weder eine abgeschlossene mehrjährige Kochausbildung noch eine zehnjährige Berufserfahrung vorweisen kann. Zudem geht aus den Akten nicht hervor, welche Art von Erwerbstätigkeit Herr D.____ in der Zeit vom 20. März 2014 bis Mai 2024 ausgeübt hat. Eine Abwesenheit vom Arbeitsmarkt von etwa 10 Jahren hätte einen erheblichen Einfluss darauf, ob eine Person als Spezialist oder als qualifizierte Arbeitskraft bezeichnet werden kann. Eine solche Lücke im Lebenslauf führt dazu, dass bestimmte Kenntnisse und Fähigkeiten verlernt werden und neu erworben werden müssen. Bei den Ausführungen der Beschwerdeführerin, dass sie davon überzeugt sei, dass Herr D.____ alle erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten besitze und einen exzellenten tamilischen Koch abgeben werde, handelt es sich um Parteibehauptungen. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit die angebotenen Leistungen nicht durch inländische Arbeitskräfte oder Arbeitskräfte aus dem EU-/EFTA-Raum abgedeckt werden können. Die bisherige Berufserfahrung und die absolvierte Ausbildung reichen nicht aus, um einen gleichwertigen Qualifikationsnachweis zu erbringen, unter anderem auch weil sie zum Teil schon lange zurückliegen. Art. 23 Abs. 1 AIG ist nicht erfüllt. Auch müssen Ausländerinnen und Ausländer aus Drittstaaten noch weitere persönliche Voraussetzungen erfüllen, um eine Aufenthaltsbewilligung zu erlangen.

E. 9

Der Berufsmann oder die Berufsfrau muss eine abgeschlossene mehrjährige Kochausbildung mit Diplom (oder anerkannte gleichwertige Ausbildung) und mehrjährige Berufserfahrung in der entsprechenden Spezialitätenküche, inklusive Ausbildungszeit von mindestens sieben Jahren, nachweisen. Zur Beurteilung der Qualifikation ist gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der fachliche Inhalt einer Ausbildung massgebend (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-388/2010 E. 8). Eine langjährige Berufserfahrung, in der Regel zehn Jahre, kann als gleichwertiger Qualifikationsnachweis gelten, wenn eine Berufsbestätigung des betreffenden ausländischen Arbeitsministeriums, eines Berufsverbandes oder Ähnliches (zum Beispiel Arbeitszeugnisse) vorliegt (Weisungen und Erläuterungen des SEM, a.a.O., Ziff. 4.7.9.1.2).

E. 10

Neben einem dreimonatigen Kurs für Kochen und Kochkunst kann Herr D.____ drei Arbeitszeugnisse vorweisen. Demnach war Herr D.____ vom 4. März 2006 bis 10. Mai 2011 beim [...] Resort [...] Ltd, vom 17. Mai 2011 bis 20. März 2014 beim [...] Hotel und seit Mai 2024 beim [...] Resort by [...] als Koch angestellt. Herr D.____ kann im Zeitpunkt des Einreichens des Beschäftigungsgesuches demnach eine Berufserfahrung von rund

E. 11

Bei der Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen müssen zusätzlich 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 AIG). Zweck dieser Bestimmung ist die Gewährleistung einer nachhaltigen Integration von Drittstaatsangehörigen (Schlegel,

a.a.O., Art. 23 AIG N 20). Die Kriterien sind dabei in ihrem Gesamtzusammenhang zu betrachten (Schlegel, a.a.O., Art. 23 AIG N 20). Sprachkenntnisse gemäss dem Niveau A1 reichen aus, wobei im Gastgewerbe unter Umständen die Anforderungen höher sind (m.w.Verw. Schlegel, a.a.O., Art. 23 AIG N 25). Die berufliche Qualifikation verlangt, dass der ausländische Staatsangehörige bei einer allfälligen späteren Arbeitslosigkeit die Möglichkeit hat, wieder Arbeit zu finden (Schlegel, a.a.O., Art. 23 AIG N 23). Die berufliche und soziale Anpassungsfähigkeit lässt sich jedoch schwer voraussagen, weshalb dieses Kriterium eine untergeordnete Rolle spielt (m.w.Verw. Schlegel, a.a.O., Art. 23 AIG N 24).

E. 12

Inwiefern Herr D.____ die übrigen persönlichen Voraussetzungen erfüllt, ist schwer einzuschätzen. Als problematisch kann die berufliche Qualifikation angesehen werden, da Herr D.____ lediglich ein Diplom über einen dreimonatigen Kochkurs vorweisen kann. Aufgrund seiner mangelnden Ausbildung wird er es heutzutage sehr schwer haben, eine ähnliche Arbeit zu finden. Es liegen auch keine Unterlagen vor, dass Herr D.____ mit dem schweizerischen Gastgewerbe vertraut ist. Herr D.____ hat gemäss den vorliegenden Akten nur als tamilischer Koch gearbeitet. Inwieweit er dadurch die Möglichkeit hat, wieder eine Arbeit als Koch zu finden, ist fraglich. Aus den Akten ergeben sich zudem kaum Hinweise auf die berufliche und soziale Anpassungsfähigkeit, weshalb nicht von einer nachhaltigen Integration des Drittstaatsangehörigen ausgegangen werden kann. Besondere Bindungen zur Schweiz oder zu Familienangehörigen in der Schweiz sind nicht ersichtlich bzw. wurden im Beschäftigungsgesuch verneint.

E. 13

Da im vorliegenden Fall weder das Beschäftigungsgesuch bewilligt noch die Aufenthaltsbewilligung erteilt wird, kann auf weitere Ausführungen zur Aufhebung des Einreiseverbots bei Erteilung der Aufenthaltsbewilligung verzichtet werden.

E. 14

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, sie ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang hat die Beschwerdeführerin die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu bezahlen, die einschliesslich der Entscheidgebühr auf CHF 1'500.00 festzusetzen ist. Sie wird mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die A.____ hat die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 1'500.00 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

Der Präsident

Thomann

Die Rechtspraktikantin

Ryf

Auf eine gegen das vorliegende Urteil erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil 2C_160/2025 vom 21. März 2025 nicht ein.

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