

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00190 vom 29. Mai 2008

ZH Sozialversicherungsgericht, 2008-05-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2007.00190

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00190 du 29 mai 2008

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00190 del 29 maggio 2008

Erwägungen

E. 1

1.1 In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtsätze massgebend, die bei Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 126 V 136 Erw. 4b mit Hinweisen). Demnach ist die rechtliche Beurteilung des angefochtenen Einspracheentscheids anhand der bis 18. April 2007 gültig gewesenen Rechtsvorschriften vorzunehmen, die nachfolgend auch in dieser Fassung zitiert werden.

1.2 Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) unter anderem voraus, dass die versicherte Person in der Schweiz wohnt. Gemäss Art. 12 AVIG gelten Ausländer ohne Niederlassungsbewilligung in Abweichung von Art. 13 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) als in der Schweiz wohnend, solange sie sich aufgrund einer Aufenthaltsbewilligung zur Erwerbstätigkeit oder einer Saisonbewilligung tatsächlich in der Schweiz aufhalten.

1.3 Eine weitere gesetzliche Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist die Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG). Eine arbeitslose Person ist vermittlungsfähig, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG). Somit gehören zur Vermittlungsfähigkeit nicht nur die Arbeitsfähigkeit und die Vermittlungsbereitschaft, sondern auch die Arbeitsberechtigung. Wenn und solange keine Arbeitsberechtigung besteht, fehlt es auch an der Vermittlungsfähigkeit der versicherten Person und damit an ihrer Anspruchsberechtigung (BGE 126 V 378 Erw. 1b mit Hinweisen).

1.4 Ausländer ohne Niederlassungsbewilligung müssen grundsätzlich über eine Arbeitsbewilligung verfügen oder mit einer solchen rechnen können, falls sie eine zumutbare Arbeitsstelle finden (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR] Bd. Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel 2007, S. 2261 Rz 269). Art. 12 AVIG, welcher Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG für Ausländer ohne Niederlassungsbewilligung konkretisiert, betrachtet diese denn auch - abweichend von Art. 23 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) - als in der Schweiz wohnend, wenn sie sich aufgrund einer Aufenthaltsbewilligung zur Erwerbstätigkeit oder einer Saisonbewilligung hier aufhalten. Für Ausländer ohne Niederlassungsbewilligung enthält der Begriff des Wohnsitzes somit ein zusätzliches, durch Art. 3 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; aufgehoben durch das am 1. Januar 2008 in Kraft getretene

Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG]) bedingtes fremdenpolizeiliches Element (Nussbaumer, a.a.O., S. 2234 Rz 185).

1.5 Nach Art. 14c Abs. 3 ANAG können die kantonalen Behörden einer vorläufig aufgenommenen Person unabhängig von der Arbeitsmarkt- und Wirtschaftslage eine Bewilligung zur Erwerbstätigkeit erteilen. Das Bewilligungsverfahren ist so geregelt, dass die kantonale Fremdenpolizeibehörde vor der Erteilung einer Bewilligung in der Regel "die Begutachtung des zuständigen Arbeitsnachweises einzuholen" hat, wenn der Ausländer eine Stelle antreten will (Art. 16 Abs. 2 ANAG). Bevor die kantonale Fremdenpolizei dem Ausländer eine Bewilligung erteilt, hat sie deshalb einen Vorentscheid (bei erstmaligen Gesuchen) oder eine Stellungnahme (insbesondere bei Verlängerungsgesuchen und Gesuchen um Bewilligung eines Stellenwechsels) der kantonalen Arbeitsmarktbehörde zur Frage einzuholen, ob die nach Art. 6 ff. der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6. Oktober 1986 (BVO; aufgehoben durch Art. 91 Ziff. 5 der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE]) geltenden Voraussetzungen erfüllt sind und ob die Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage die Erteilung einer Arbeitsbewilligung gestattet (Art. 42 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 2 BVO). Vorentscheid oder Stellungnahme der Arbeitsmarktbehörde sind für die Fremdenpolizeibehörde verbindlich. Die kantonale Fremdenpolizei kann jedoch trotz eines positiven Vorentscheides die Bewilligung aus anderen als wirtschaftlichen oder arbeitsmarktlichen Gründen verweigern (Art. 42 Abs. 4 und Art. 43 Abs. 4 BVO; BGE 120 V 380 Erw. 2b).

1.6 Gemäss Art. 7 Abs. 1 und Abs. 4 BVO dürfen Ausländern Bewilligungen zur erstmaligen Erwerbstätigkeit, zum Stellen- oder Berufswechsel und zur Verlängerung des Aufenthaltes nur erteilt werden, wenn die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber trotz - konkret nachgewiesener - Bemühungen keine einheimische Arbeitskraft findet, die gewillt und fähig ist, die Arbeit zu den orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen zu leisten (vgl. BGE 126 V 381 Erw. 5b; vgl. zum Ganzen: Urteil des damaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen M vom 26. Juli 2005, C 27/05, Erw. 1 sowie Urteil des hiesigen Gerichts in Sachen D. vom 27. Juni 2007, AL.2007.00173, Erw. 1).

1.7 Das Gericht kann die Angelegenheit zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen, besonders wenn mit dem angefochtenen Entscheid nicht auf die Sache eingetreten oder der Sachverhalt ungenügend festgestellt wurde (§ 26 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSvGer). In erster Linie kommt eine Rückweisung in Frage, wenn der Versicherungsträger auf ein Begehren überhaupt nicht eingetreten ist oder es ohne materielle Prüfung abgelehnt hat, wenn schwierige Ermessensentscheide zu treffen sind, oder wenn der entscheidrelevante Sachverhalt ungenügend abgeklärt ist (vgl. SVR 1995 ALV Nr. 27 S. 69).

E. 2

2.1 Streitig und zu prüfen ist die Vermittlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin ab 16. Januar 2006. In diesem Zusammenhang stellt die Frage nach der Arbeitsberechtigung eine Vorfrage dar. Sie beurteilt sich aufgrund einer individuell-konkreten Betrachtungsweise, wobei im Einzelfall zu entscheiden ist, ob der Ausländer über eine Arbeitsbewilligung verfügt oder mit einer solchen rechnen kann

(BGE 126 V 383 Erw. 6a mit Hinweisen). Die Vermittlungsfähigkeit beurteilt sich prospektiv, das heisst von jenem Zeitpunkt aus und aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse, wie sie bei Erlass der Ablehnungsverfügung (hier am 18. April 2007) bestanden haben (BGE 120 V 387 Erw. 2 mit Hinweisen; Urteil des damaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen M. vom 26. Juli 2005, C 27/05, Erw. 2).

2.2. Das AWA verneinte die Vermittlungsfähigkeit im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Beschwerdeführerin einen bewilligungspflichtigen Stellenwechsel hätte vornehmen müssen, nachdem der Aufenthaltswitz als wissenschaftliche Mitarbeiterin/Postdiplomandin erfüllt gewesen sei. Gemäss Art. 29 Abs. 2 lit. b BVO werde jedoch Aufenthalt, die die Bewilligung für eine gewisse Tätigkeit bekommen hätten, die Bewilligung zum Stellen-, Berufs- oder Kantonswechsel in der Regel nicht erteilt. Daher sei die Vermittlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin nach Beendigung der Tätigkeit für die A. am 15. Januar 2006 nicht mehr gegeben. Dass die Beschwerdeführerin bereit gewesen sei, auch eine Tätigkeit ausserhalb ihres bisher ausgeübten Berufes anzunehmen, vermöge an dieser Beurteilung nichts zu ändern. Die neue Stelle in " " sei ebenfalls an die " " gekoppelt und gehöre nicht zum ordentlichen Arbeitsmarkt (Urk. 2 S. 4).

2.3. Demgegenüber liess die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend machen, dass es die Verwaltung - unter Ausserachtlassens der Rechtsprechung - versäumt habe, vorfrageweise bei den zuständigen fremdenpolizeilichen Behörden abzuklären, ob sie mit einer Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung hätte rechnen können, wenn sie eine Stelle gefunden hätte (Urk. 1 S. 5 unten f.). Zu beachten sei sodann, dass sie sowohl bei der A. als auch bei der " " im Rahmen normaler Arbeitsverträge angestellt gewesen sei und einen normalen Lohn bezogen habe. Der Umstand, dass beide Anstellungen im wissenschaftlichen Bereich erfolgt seien, heisse noch lange nicht, dass sie ihre fremdenpolizeilichen Bewilligungen nur zu Ausbildungszwecken erhalten habe. Im Übrigen habe sie sich um sehr viele Stellen bemüht und habe auch bei mindestens 12 Firmen ein Bewerbungsgespräch führen können, was zeige, dass von Vermittlungsunfähigkeit keine Rede sein könne (Urk. 1 S. 7). Den besten Beweis, dass sie wirklich vermittlungsfähig gewesen sei, habe sie schliesslich dadurch erbracht, dass sie nach einigen Monaten der Stellensuche bei der " " tatsächlich eine Stelle gefunden und dafür auch die notwendigen fremdenpolizeilichen Bewilligungen erhalten habe (Urk. 1 S. 6 ff.).

E. 3

3.1. Aufgrund der Akten steht fest, dass die Beschwerdeführerin die Aufenthaltsbewilligung B im Kanton Zürich zwecks Ausübung der ab Dezember 2003 übernommenen Tätigkeit bei der A. als wissenschaftliche Mitarbeiterin/Postdiplomandin erhalten hat (Urk. 8/14, Urk. 8/2). Diese Tätigkeit beendete sie endgültig am 15. Januar 2006 (Urk. 8/9), worauf sie sich zur Arbeitsvermittlung anmeldete (vgl. Urk. 8/1). Für den Antritt einer neuen Stelle beziehungsweise für einen Stellenwechsel wäre alsdann eine Bewilligung notwendig gewesen (vgl. Art. 29 Abs. 1 BVO). Die dafür zuständige kantonale Fremdenpolizei hätte in diesem Fall eine - für sie verbindliche (vgl. Art. 42 Abs. 4 Satz 1 BVO) - Stellungnahme der kantonalen Arbeitsmarktbehörde zur Frage einzuholen gehabt, ob die nach Art. 6 ff. BVO geltenden Voraussetzungen erfüllt seien und ob die Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage die Erteilung

der entsprechenden Arbeitsbewilligung gestatte (Art. 42 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 1 und 2 BVO). Dabei wäre unter anderem dem Umstand Rechnung zu tragen gewesen, dass die Beschwerdeführerin aus einem Nicht-EU-/Nicht-EFTA-Staat stammt und daher grundsätzlich geringere Chancen hat, eine Bewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit zu erhalten als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus dem genannten Raum.

3.2. Der zuständige Sachbearbeiter des AWA hat am 16. Februar 2007 in einer Telefonnotiz festgehalten, dass ihm eine Mitarbeiterin der Abteilung Arbeitsbewilligungen (des AWA) erklärt habe, dass für (Post-)Diplomanden und -Diplomandinnen die gleichen Bestimmungen gelten wie für (Post-)Doktoranden und -Doktorandinnen und dass die Auskunft, die sie am 1. November 2006 von B.____ erhalten hätten, auch im vorliegenden Fall vollumfängliche Gültigkeit habe (Urk. 8/10). Eine Auskunft der genannten Mitarbeiterin findet sich jedoch nicht in den vom AWA eingereichten Akten. Es liegt einzig eine Telefonnotiz vom 31. März 2006 (Urk. 8/11) vor, in der sich eine andere Mitarbeiterin der Abteilung Arbeitsbewilligungen allgemein, das heisst weder mit Bezug auf einen vergleichbaren noch auf den vorliegend zu prüfenden Fall zur Bewilligungspraxis bei (Post-)Doktoranden äusserte.

3.3. Aufgrund der Akten steht somit fest, dass die kantonale Arbeitsmarktbehörde die Voraussetzungen für eine Aufnahme der Erwerbstätigkeit der Beschwerdeführerin für den Fall, dass sie ab 16. Januar 2006 eine Stelle gefunden hätte, nicht konkret geprüft geschweige denn einen entsprechenden Vorentscheid getroffen hat. Vor diesem Hintergrund kann die Frage, ob die gemäss BVO geltenden Voraussetzungen erfüllt waren und ob die Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage die Erteilung einer Arbeitsbewilligung somit gestattet hätte, nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bejaht oder verneint werden.

3.4. Die Sache ist deshalb an den Beschwerdegegner zurückzuweisen, damit er durch Rückfrage bei der zuständigen Behörde näher abklären, ob die Beschwerdeführerin mit einer Arbeitsbewilligung hätte rechnen können, falls sie eine Stelle gefunden hätte, und ob demzufolge die Vermittlungsfähigkeit zu bejahen ist. Gegebenenfalls wird er auch die weiteren Anspruchsvoraussetzungen zu prüfen haben.

4. Da die Rückweisung der Sache als vollständiges Obsiegen gilt (ZAK 1987 S. 268 f. Erw. 5 mit Hinweisen), ist der Beschwerdegegner gestützt auf Art. 34 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) in Verbindung mit Art. 61 lit. g ATSG zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin eine Prozessentschädigung zu bezahlen. Entsprechend der Bedeutung der Streitsache und dem Schwierigkeitsgrad des Prozesses ist diese mit Fr. 1'300.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bemessen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 18. April 2007 aufgehoben und die Sache an das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) zurückgewiesen wird, damit dieses, nach erfolgter Abklärung im Sinne der Erwägungen, neu verfährt.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Prozessentschädigung von Fr. 1'300.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Dr. Pierre Heusser

- Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich, GS Zürich Nord, 01002

5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

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