

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00638 vom 18. September 2009

ZH Verwaltungsgericht, 2009-09-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2013.00638

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00638 du 18 septembre 2009

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00638 del 18 settembre 2009

Regeste

Kurzaufenthalter AuG | In ausländerrechtlichen Verfahren besteht kein Anspruch auf eine öffentliche mündliche Verhandlung (E. 2.1). Gegen den selbständig eröffneten arbeitsmarktlichen Vorentscheid steht der Rechtsmittelweg offen (E. 3.1). Das Verwaltungsgericht stellt auf die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Entscheids ab (E. 4). Ausländerinnen und Ausländer ohne Aufenthaltsanspruch werden zur unselbständigen Erwerbstätigkeit in der Schweiz nur zugelassen, wenn der Arbeitgeber nachweisen kann, dass sich im Inland sowie in Ländern mit Freizügigkeitsabkommen keine geeignete Fachkraft finden liess (E. 5.1). Der Beschwerdeführer hat seine Suchbemühungen in genügender Weise dargetan (E. 5.2). Die Weisungen des Bundesamts für Migration im Auländerbereich sind für das Verwaltungsgericht nicht verbindlich, werden aber im Rahmen der Gesetzesauslegung berücksichtigt (E. 6.2). Der Beschwerdeführer erfüllt die in den Weisungen aufgestellten Voraussetzungen an ein Spezialitätenrestaurant (E. 6.3). Gutheissung.

Erwägungen

E. 4

Art. 110 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) schreibt den Kantonen vor, dass die richterliche Vorinstanz des Bundesgerichts oder ein vorgängig zuständiges Gericht den Sachverhalt frei prüft und das Recht von Amtes wegen anwendet. Daraus folgt gemäss Praxis des Bundesgerichts, dass der Sachverhalt im gerichtlichen Verfahren zu erstellen ist, weshalb in diesem auch neue Tatsachen und Beweismittel eingebracht werden können. Damit wird die Rechtsweggarantie von Art. 29a der Bundesverfassung vom 18. April 1999 bzw. Art. 6 EMRK umgesetzt, welche eine uneingeschränkte Sachverhalts- und Rechtskontrolle durch (wenigstens) ein Gericht verlangt (BGE 135 II 369 E. 3.3; BGr, 20. April 2009, 2C_651/2008, E. 4.2). Ist das Verwaltungsgericht – wie vorliegend – gerichtliche Vorinstanz des Bundesgerichts im Sinn von Art. 86 Abs. 2 BGG, ist daher das Vorbringen neuer Tatsachen schon von Bundesrechts wegen zulässig. Abzustellen ist demnach auf die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des gegenwärtig zu fällenden Entscheids (VGr, 9. Februar 2011, VB.2010.00678, E. 4.1).

E. 5.1

Gemäss Art. 21 Abs. 1 AuG werden Ausländerinnen und Ausländer zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nur zugelassen, wenn nachgewiesen wird, dass keine dafür geeigneten inländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (oder Angehörige von Staaten, mit denen ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde) gefunden werden können. Den Nachweis, dass in der Schweiz keine Person gefunden werden konnte, die einen Vorrang

besitzt, kann der Gesuchsteller insbesondere durch den Beleg von Stellen inseraten und der erfolglosen Ausschreibung der Stelle im schweizerischen Arbeitsvermittlungssystem erbringen (BB1 2002, 3780). Nachzuweisen ist, dass umfassende Suchbemühungen erfolgten, also dass die Stelle vergeblich über die branchenüblichen Rekrutierungskanäle – beispielsweise durch Inserate in der Fach- und Tagespresse oder mittels elektronischer Medien – ausgeschrieben wurde. Wichtige Instrumente stellen auch die öffentliche und private Arbeitsvermittlung dar. Verlangt werden inhaltlich zweckmässige und echte Bemühungen über einen angemessenen Zeitraum hinweg, die Stelle mit Leuten aus den Vorrang genießenden Gebieten zu besetzen. Es reicht insbesondere nicht aus, wenn derartige Suchbemühungen nur pro forma, als blosser Erforderniserbringung erfolgen. Zudem dürfen Personen mit Vorrang nicht aufgrund fachlich nicht relevanter Kriterien praktisch ausgeschlossen werden. Als Beispiel genannt werden etwa für einen Tätigkeitsbereich nicht zwingend erforderliche Sprachkenntnisse oder Fachkenntnisse, die nur einen geringen Zusammenhang mit dem Tätigkeitsbereich haben (vgl. zum Ganzen BVGE 2011/1 E. 6.3; BVGE r. 3. August 2012, C-4136/2010, E. 7).

E. 5.2

Der Beschwerdeführer bezweifelt, ob der Inländervorrang in einer Situation wie der vorliegenden, in welcher ein Ausländer bereits seit mehreren Jahren in der fraglichen Position arbeitet, dafür zunächst eine Arbeitsbewilligung hatte, diese später aufgrund eines Aufenthaltsanspruchs aber nicht mehr benötigte, und nach Verlust des gefestigten Aufenthaltsrechts erneut um eine Arbeitsbewilligung ersucht, überhaupt zum Tragen kommen kann. Wie es sich damit verhält kann indes – wie sich sogleich zeigt – offenbleiben. Nachdem der Rekurs von X gegen die verweigerte Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung mit Entscheid vom 31. Oktober 2012 abgewiesen worden war, publizierte der Beschwerdeführer Stelleninserate unter "www.tutti.ch" sowie über die Stellenplattform des Regionalen Arbeitsvermittlungszentrums; dieses Inserat wurde auch ins europäische Stellenportal EURES aufgenommen. Auf diese Ausschreibungen erhielt der Beschwerdeführer nur Bewerbungen von Personen, die nicht über die geforderten libanesischen Kochkenntnisse verfügten. Eine weitere Stellenausschreibung erfolgte auf dem Portal "www.gastrojob.ch"; auf dieses Stelleninserat ging keine Bewerbung ein. Im Februar 2013 gingen auf Stellenausschreibungen verschiedene Bewerbungen beim Beschwerdeführer ein. Dabei handelte es sich jedoch um Personen, die keine oder nur eine ungenügende Ausbildung als Koch oder keine Erfahrung in der Zubereitung arabischer Speisen aufweisen konnten. Weitere Suchbemühungen erfolgten im April und Mai 2013 im GastroJournal, über "www.gastroexpress.ch", unter "www.rollingpin.at" sowie erneut über das Regionale Arbeitsvermittlungszentrum. Die sich darauf meldenden Bewerber konnten ausnahmslos keine Kenntnisse der arabischen Küche vorweisen. Insgesamt hat der Beschwerdeführer seine Suchbemühungen damit in genügender Weise dargetan. Im Übrigen kam der Beschwerdegegner bereits im Dezember 2007 zum Schluss, ein Koch für libanesischen Spezialitäten lasse sich in der Schweiz bzw. im europäischen Ausland nicht ohne weiteres finden, und erteilte eine Arbeitsbewilligung für X. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die Ausgangslage heute anders darstellen und es für den Beschwerdeführer einfacher sein sollte, einen qualifizierten Koch für libanesischen Spezialitäten zu finden. Die Stellenausschreibung war sodann genügend offen formuliert und enthielt nur fachlich relevante Kriterien. Dass vorliegend bereits ein Arbeitsvertrag mit X bestand, ist auf die speziellen Umstände zurückzuführen und kann dem Beschwerdeführer nicht entgegengehalten werden.

E. 6.1

Die Vorinstanz führt weiter aus, gemäss Ziff. 4.7.9.1.1 der Weisungen des Bundesamts für Migration (BFM) zum Ausländerbereich (www.bfm.admin.ch/content/dam/data/bfm/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/weisungen-aug-d.pdf [im Folgenden: Weisungen BFM]) müsse ein Spezialitätenrestaurant unter anderem einen Stellenetat von mindestens 500 Prozent aufweisen. Diese Bestimmung sei so zu verstehen, dass der Stellenetat ohne die Person, um deren Arbeitsbewilligung ersucht wird, 500 Stellenprozente betragen müsse; dies sei beim Beschwerdeführer nicht gegeben.

E. 6.2

Weisungen sind als generelle Dienstanweisungen einer vorgesetzten Behörde an die ihr unterstehenden Behörden zu qualifizieren, mit welchen eine einheitliche und rechtsgleiche Rechtsanwendung, Auslegung und Ermessensausübung sichergestellt werden soll (sog. nannte vollzugslenkende Verwaltungsverordnung; vgl. BGE 128 I 167 E. 4.3; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 123 ff.; Patricia Egli, Verwaltungsverordnungen als Rechtsquellen des Verwaltungsrechts?, AJP 20/2011, S. 1159 ff. [je mit weiteren Hinweisen]). Sie dienen nur der Vereinheitlichung in der Rechtsanwendung, weisen indes keinen im Aussenverhältnis wirksamen selbständigen Regelungsgehalt auf und bedürfen deshalb keiner förmlichen gesetzlichen Ermächtigung (BGE 121 II 473 E. 2b). Das Gericht ist an solche Weisungen nicht gebunden, berücksichtigt sie aber im Rahmen der Gesetzesauslegung; dabei ist vorliegend dem Umstand, dass diese Richtlinien unter Mitwirkung der interessierten Fachverbände erarbeitet wurden und deshalb die Vermutung einer sachgerechten Interessenabwägung für sich beanspruchen können, Rechnung zu tragen (BVGE 2011/1 E. 6.4).

E. 6.3

Gemäss Ziff. 4.7.9.1.1 der Weisungen müssen Spezialitätenrestaurants gewisse Voraussetzungen erfüllen, damit ein ausländischer Koch zugelassen werden kann. So muss das Restaurant eine klare Ausrichtung und eine hohe Qualität der Angebote und Dienstleistungen aufweisen sowie überwiegend fremdländische Speisen anbieten, deren Zubereitung und Präsentation besondere Kenntnisse erfordern, die in der Schweiz nicht vermittelbar sind (lit. a). Dies trifft auf den Beschwerdeführer ohne weiteres zu, da er sich auf hohem Niveau auf die Zubereitung libanesischer Speisen spezialisiert hat. Der Betrieb verfügt sodann über mehr als 40 Innenplätze (lit. e), bietet keinen Take-away oder Fast-Food-Service an (lit. c) und verfügt über eine gesunde Bilanz und Erfolgsrechnung (lit. f). X wird schliesslich mit Fr. 6'500.- pro Monat ein orts- und berufsüblicher Lohn bezahlt (lit. g). Nach lit. d muss der Stellenetat des Betriebes mindestens 500 Stellenprozente umfassen, wobei Hochschulpraktikanten nicht angerechnet werden. Dieses Kriterium dient der Sicherung der Qualitätsstandards und stellt zugleich ein geeignetes Kriterium dar, um Missbräuchen vorzubeugen, weil gerade bei kleinen Restaurants die Gefahr besteht, dass der ausländische Koch auch für Arbeiten eingesetzt wird, die auch von in der Schweiz bereits ansässigen Personen ausgeführt werden könnten (BVGer, 28. Mai 2008, C-8763/2007, E. 8.2). Die Vorinstanz geht davon aus, dass das Restaurant des Beschwerdeführers ohne Berücksichtigung der Stellenprozente von X einen Stellenetat von 500 Prozent aufweisen müsse. Dem lässt sich mit Blick auf den Wortlaut der Bestimmung nicht folgen. Die Weisungen setzen voraus, dass das Spezialitätenrestaurant gesamthaft mindestens einen Stellenetat von 500 Stellenprozenten aufweist. Es sind keine sachlichen

Gründe ersichtlich, dass die Stellenprozente des ausländischen Arbeitnehmers, um dessen Arbeitsbewilligung ersucht wird, dabei nicht berücksichtigt werden könnten. Dabei ist im Übrigen auch zu berücksichtigen, dass die in den Weisungen aufgestellte Anforderung nur der Auslegung des Gesetzes dient und deshalb im Einzelfall – soweit keine Hinweise auf einen Missbrauch bestehen – auch unterschritten werden könnte. Der Beschwerdeführer weist mittlerweile einen Stellenetat von 600 bis 640 Prozent auf und erfüllt diese Voraussetzung damit ohne weiteres. Im Übrigen ging auch der Beschwerdegegner in seiner Verfügung vom Dezember 2007 davon aus, der Beschwerdeführer erfülle die Anforderungen an ein Spezialitätenrestaurant, und sind seine gegenteiligen Ausführungen in der Ausgangsverfügung entsprechend widersprüchlich.

E. 7

Weil auch die übrigen Voraussetzungen nach Art. 20 bis 25 AuG erfüllt sind, ist die Beschwerde gutzuheissen. Die Verfügung des Beschwerdegegners vom 5. Februar 2013 sowie Dispositiv-Ziff. I der vorinstanzlichen Verfügung vom 14. August 2013 sind aufzuheben und der Beschwerdegegner ist einzuladen, X eine Arbeitsbewilligung zu erteilen. Der Beschwerdeführer erscheint damit im Rekursverfahren hinsichtlich der angebehrten Erteilung einer Arbeitsbewilligung als obsiegend, hingegen hinsichtlich der vor Verwaltungsgericht nicht mehr verlangten Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung weiterhin als unterliegend. Entsprechend sind die Rekurskosten in teilweise Abänderung von Dispositiv-Ziff. II der Verfügung vom 14. August 2013 dem Beschwerdeführer und dem Beschwerdegegner je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Weil der Beschwerdeführer im Rekursverfahren weiterhin nicht als überwiegend obsiegend anzusehen ist, steht ihm keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 8

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Dem Beschwerdeführer ist für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.- zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 9

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Soweit hinsichtlich Erwerbstätigkeit ein Bewilligungsanspruch geltend gemacht werden will, ist Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG zu erheben (vgl. BGr, 18. Juni 2007, 2D_3/2007 bzw. 2C_126/2007, E. 2.2; vgl. Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG). Ansonsten steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG offen (vgl. in diesem Zusammenhang BGr, 18. September 2009, 2C_583/2009, E. 2). Werden beide Rechtsmittel ergriffen, hat dies in der gleichen Rechtsschrift zu geschehen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

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