

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00340 vom 18. September 2009

ZH Verwaltungsgericht, 2009-09-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2016.00340](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00340)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00340 du 18 septembre 2009

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00340 del 18 settembre 2009

## Regeste

arbeitsmarktlichen Vorentscheid | [Weiterbeschäftigung einer ausländischen Fachkraft im Bereich Testing in Projekten mit Grosskunden im Bankensektor] Die Bestimmungen zum Inländervorrang sind eingehalten, wenn nachgewiesen wird, dass keine für die betreffende Stelle geeigneten Arbeitnehmenden aus dem Inland oder einem EU/EFTA-Staat gefunden werden können (E. 5.1). Die Arbeitgeberin suchte auf verschiedenen branchenüblichen Rekrutierungskanälen sowohl in fachlicher, geografischer als auch zeitlicher Hinsicht angemessen und zweckmässig (E. 5.4). Die Beschwerdeführerin hat in genügendem Mass belegt, dass dennoch keine geeigneten Personen aus einem Vorrang geniessenden Staat gefunden werden konnten (E. 5.5 f.). Aus arbeitsmarktlicher Sicht ist ein massgebliches Interesse an einer Weiterbeschäftigung der Beschwerdeführerin in der Schweiz zu bejahen (E. 6). Der Lohn der Beschwerdeführerin liegt sowohl über dem Medianlohn für ICT-Testingenieure als auch leicht über demjenigen von ICT-Testmanager im Kanton Zürich; sie erhält damit einen orts- berufs- und branchenüblichen Lohn (E. 7.5 f.). Auch die übrigen Voraussetzungen für die Erteilung einer Arbeitsbewilligung sind erfüllt (E. 9.1). Gutheissung.

## Erwägungen

### E. 4

Abteilung VB.2016.00340 Urteil der 4. Kammer vom 7. Dezember 2016 Mitwirkend: Abteilungspräsident Jso Schumacher (Vorsitz) , Verwaltungsrichterin Tamara Nüssle, Verwaltungsrichter Marco Donatsch, Gerichtsschreiberin Alexandra Altherr Müller. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführerin, gegen Amt für Wirtschaft und Arbeit, Beschwerdegegner, betreffend arbeitsmarktlichen Vorentscheid , hat sich ergeben: I. Die 1978 geborene, keinem EU/EFTA-Staat angehörende Ausländerin A heiratete Ende 2012 einen Schweizer Bürger. Anfang 2013 erteilte ihr das Migrationsamt des Kantons Zürich eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib beim Ehemann. Im Frühling 2013 trat A hier eine Stelle bei C/Schweiz als Senior Software Engineer an. Das Ehepaar trennte sich Mitte 2015, weshalb das Migrationsamt die Aufenthaltsbewilligung von A zu widerrufen gedachte. C/Schweiz ersuchte daraufhin am 23. September 2015 um eine Aufenthaltsbewilligung zur Erwerbstätigkeit für A. Mit Verfügung vom 1. Dezember 2015 wies das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) das Gesuch um Bewilligung der Erwerbstätigkeit ab. II. A liess gegen diesen arbeitsmarktlichen Vorentscheid am 13. Dezember 2015 rekurrieren. Die Volkswirtschaftsdirektion wies den Rekurs mit Verfügung vom 12. Mai 2016 ab (Dispositiv-Ziff. I) und auferlegte A die Kosten des Verfahrens von insgesamt Fr. 760.- (Dispositiv-Ziff. II). Parteientschädigungen wurden nicht zugesprochen (Dispositiv-Ziff. III). III. Hiergegen liess A am 13. Juni 2016

Beschwerde beim Verwaltungsgericht führen. Sie beantragte, unter Entschädigungsfolge " (z zgl. 8% M wSt ) " sei der Rekursentscheid aufzuheben und ihr eine Aufenthaltsbewilligung B, gültig ab 1. Oktober 2015, für eine unbefristete Dauer für ihre Tätigkeit als Test Manager bei C /Schweiz zu erteilen. Am 22. Juni 2016 reichte A weitere Unterlagen ein. Die Volkswirtschaftsdirektion verzichtete am 27./28. Juni 2016 auf Vernehmlassung. Das AWA beantragte mit Beschwerdeantwort vom 12. Juli 2016 die Abweisung des Rechtsmittels, soweit darauf einzutreten sei, unter Entschädigungsfolge. Am 25. August 2016 machte A eine weitere Eingabe, zu der das AWA am 5. September 2016 Stellung nahm. A äusserte sich hierzu am 29. September 2016. Die Kammer erwägt:

1. Gemäss § 70 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) prüft das Verwaltungsgericht seine Zuständigkeit von Amts wegen. Diese ist unter anderem betreffend erstinstanzliche Rekursentscheide einer Direktion auf dem vorliegenden Gebiet des Ausländerrechts gegeben (§§ 41–44 in Verbindung mit §§ 19 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 Satz 1, 19a sowie 19b Abs. 2 lit. b Ziff. 1 VRG). Da auch die übrigen Prozess voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.
2. 2.1 Vorab ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin nach der Trennung von ihrem Ehemann für die Zulassung zur Erwerbstätigkeit bzw. die Art und Weise der Regelung ihres Aufenthalts keinen Anspruch auf eine bestimmte Bewilligung bzw. auf eine Aufenthaltsbewilligung hat. Vorliegend kommt eine Zulassung zum Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit gestützt auf Art. 18 ff. des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) in Betracht, wobei der Beschwerdegegner hierbei nur für die Bewilligung der Erwerbstätigkeit zuständig ist ( vgl. VGr, 13. Januar 2016, VB.2015.00681, E. 3, und 10. April 2013, VB.2012.00457, E. 1.2 ). Für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zur Erwerbstätigkeit oder einer Härtefallbewilligung gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG ist hingegen das Migrationsamt zuständig. In der Rekurs- sowie in der Beschwerdeschrift spezifizierte die Beschwerdeführerin ihre Anträge dahingehend, ihr sei eine Arbeitsbewilligung mit Aufenthaltsbewilligung B bzw. zum längerfristigen Aufenthalt zu erteilen. Streitgegenstand bildet damit nicht eine Anwesenheitsbewilligung als solche, sondern einzig der Entscheid über die Zulassung zur Erwerbstätigkeit.
- 2.2 Das Verwaltungsgericht übt lediglich eine Rechtskontrolle aus. Bei Ermessensfragen greift es nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt. Darunter fallen Missbrauch sowie Über- oder Unterschreitung des Ermessens. Demgegenüber ist die Rüge der Unangemessenheit nur zulässig, wenn eine – hier fehlende – Gesetzesbestimmung dies vorsieht (§ 50 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG).

3. 3.1 Ausländerinnen und Ausländer, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, benötigen unabhängig von der Aufenthaltsdauer eine Bewilligung (Art. 11 Abs. 1 Satz 1 AuG). Nach Art. 18 AuG können sie zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit zugelassen werden, wenn dies dem gesamtwirtschaftlichen Interesse entspricht (lit. a), das Gesuch eines Arbeitgebers vorliegt (lit. b) und die Voraussetzungen der Art. 20–25 AuG erfüllt sind (lit. c). Zu beachten sind die Begrenzungsmaßnahmen (Art. 20 AuG), die Bestimmungen zum Inländervorrang (Art. 21 AuG), die Einhaltung der üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen (Art. 22 AuG), das Vorliegen bestimmter persönlicher Voraussetzungen bei der ausländischen Person, um deren Zulassung es geht (Art. 23), das Erfordernis einer bedarfsgerechten Wohnung (Art. 24 AuG) sowie besondere Regeln für Grenzgänger (Art. 25 AuG).
- 3.2 Der Beschwerdegegner lehnte das Gesuch um Bewilligung der Erwerbstätigkeit mit der Begründung ab, die Voraussetzungen des Inländervorrangs und des gesamtwirtschaftlichen Interesses seien nicht erfüllt. Zudem sei der angegebene Lohn

der Beschwerdeführerin nicht orts- und branchenüblich. Die Vorinstanz kommt ebenfalls zum Schluss, dass die eingereichten Unterlagen nicht genügen, um zu belegen, dass für die fragliche Stelle auf dem inländischen Arbeitsmarkt bzw. im EU/EFTA-Raum keine geeigneten Kandidaten zu finden gewesen seien. Die Bestimmungen zum Inländervorrang seien deshalb nicht gewahrt. Eine Prüfung der weiteren Zulassungsvoraussetzungen erübrige sich dementsprechend. 3.3 Die Beschwerdeführerin reicht vor Verwaltungsgericht weitere Unterlagen ein, welche belegen sollen, dass ihre Arbeitgeberin erfolglos Stellen im Bereich Testing ausgeschrieben habe und ihr Lohn den Löhnen anderer Mitarbeitenden in vergleichbarer Position entspreche. Neue Beweismittel sind im Verfahren vor Verwaltungsgericht grundsätzlich zulässig (§ 20a Abs. 2 in Verbindung mit § 52 Abs. 1 VRG). Dass der Arbeitgeberin bzw. der Beschwerdeführerin möglich gewesen wäre, diese bereits im erstinstanzlichen Verfahren bzw. im Rekursverfahren vorzulegen, ändert nichts daran. Dieser Umstand ist indes im Rahmen der Kostenverlegung zu berücksichtigen (nachfolgend E. 9.3). Die ins Recht gelegten Belege sind demzufolge als neue Beweismittel zulässig und im vorliegenden Verfahren entsprechend zu würdigen.

#### **E. 4.1**

Im Rahmen der Prüfung des gesamtwirtschaftlichen Interesses gilt es insbesondere, eine nachhaltige Wirtschaftsentwicklung zu fördern und auch den gesellschafts- und staatspolitischen Aspekten Rechnung zu tragen. Es soll weder eine Strukturhaltung durch wenig qualifizierte Arbeitskräfte mit tiefen Löhnen erfolgen noch sollen Partikularinteressen innerhalb der Wirtschaft unterstützt werden. Die arbeitsmarktlich motivierte Zuwanderung aus dem Ausland soll vielmehr auf die langfristige Integration der Ausländerinnen und Ausländer auf dem Arbeitsmarkt und in der Gesellschaft ausgerichtet sein und zu einer ausgeglichenen Beschäftigung und einer Verbesserung der Struktur des Arbeitsmarkts führen (BBl 2002, 3709 ff., 3726). Gemäss den Weisungen des Staatssekretariats für Migration (SEM) zum Ausländergesetz vom 25. Oktober 2013 (Weisungen AuG, [www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/weisungen-aug-d.pdf](http://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/weisungen-aug-d.pdf)) sind bei der Beurteilung insbesondere die jeweilige Arbeitsmarktsituation, die nachhaltige Wirtschaftsentwicklung und die Integrationsfähigkeit der Ausländerinnen und Ausländer zu berücksichtigen. Es soll weder eine Strukturhaltung durch wenig qualifizierte Arbeitskräfte mit tiefen Löhnen erfolgen noch sollen Partikularinteressen unterstützt werden. Ebenso gilt es zu vermeiden, dass neu einreisende Ausländer die inländischen Arbeitskräfte in unerwünschtem Mass konkurrenzieren und dass durch die Bereitschaft zur Annahme von tieferen Löhnen und schlechteren Arbeitsbedingungen Lohn- und Sozialdumping entstehen (Weisungen AuG, S. 8).

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdegegner macht geltend, indem die Beschwerdeführerin bzw. ihre Arbeitgeberin den Inländervorrang nicht beachtet habe, sei auch das gesamtwirtschaftliche Interesse an einem Verbleib auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt zu verneinen. Wie noch zu zeigen ist (unten E. 5), wird das Prinzip des Inländervorrangs gemäss Art. 21 Abs. 1 AuG vorliegend befolgt. 5. 5.1 Die Bestimmungen zum Inländervorrang (Art. 21 Abs. 1 AuG) sind eingehalten, wenn nachgewiesen wird, dass keine für die betreffende Stelle geeigneten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus dem Inland oder einem EU/EFTA-Staat gefunden werden können. Die gesuchstellende Person hat den Nachweis zu erbringen, dass umfassende Suchbemühungen erfolgten, also dass die Stelle vergeblich im schweizerischen Arbeitsvermittlungssystem und 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; BVGer, 3. August 2012, C-4136/2010, E. 8; VGr, 13. Januar 2016, VB.2015.00681, E. 5.1).

5.2 C mit Hauptsitz in dem Staat E ist eine grosse Managementberatungs-, Technologie- und Outsourcing-Dienstleisterin. Die Beschwerdeführerin arbeitete in ihrer Heimat seit Oktober 2006 für die dortige Tochtergesellschaft von C. Im August 2010 sowie im Oktober 2011 bewilligte der Beschwerdegegner zwei projektbezogene Einsätze der Beschwerdeführerin bei C/Schweiz für jeweils vier Monate. Die erteilten Kurzaufenthaltsbewilligungen betrafen IT-Projekte bei H, wobei die Beschwerdeführerin als Senior Software Tester/Onshore Coordinator bzw. als Test Team Lead/Onshore Coordinator arbeitete. Im Herbst 2012 reiste die Beschwerdeführerin in die Schweiz und heiratete Ende jenes Jahres einen Schweizer Bürger. In der Folge wurde ihr eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib beim Ehemann erteilt. Gestützt auf diese Aufenthaltsbewilligung konnte die Beschwerdeführerin per 1. März 2013 eine Stelle als Senior Software Engineer bei C/Schweiz antreten. Nach der Trennung der Eheleute im Juni 2015 reichte C/Schweiz am 23. Oktober 2015 beim Beschwerdegegner ein Gesuch um eine Aufenthaltsbewilligung zur Erwerbstätigkeit für die Beschwerdeführerin ein.

5.3 Die Tätigkeit der Beschwerdeführerin erfasst gemäss Ausführungen in der Beschwerdeschrift insgesamt drei Aufgabenbereiche, nämlich Tester/Analyst, Test Manager und Service Manager Support. Dabei sei sie zu etwa 20 % als Test Managerin, zu 50 % als Test Analyst und zu 30 % im Bereich Service Management Support tätig. Im Bereich Testing habe sie eine duale Rolle. Sie arbeite in einem Projekt mit einem Grosskunden im Bereich Financial Services und sei einerseits als Software-Tester und andererseits als Test Manager tätig. Das entsprechende Projekt setze ein breites Wissen in den Bereichen Customer-Relationship-Management und Banking voraus. Aufgrund der vielfältigen Anforderungen innerhalb des Projekts sei ebenfalls ein tiefgreifendes technisches Verständnis nötig. Das Projekt befasse sich sowohl mit dem Testing im Bereich Front End (funktionales Testing aus Sicht des Endusers) wie auch mit dem "Back End Bereich" (technisches Testing auf Service, Batches und Datenbank-Ebene) zur Sicherstellung der korrekten Handhabung technischer Funktionen und der Handhabung von Daten durch das System. Dabei befasse sich das Projekt nicht mit einem spezifischen isolierten Thema, sondern habe zum Ziel, Lücken und laufend auftretende Probleme bei den bereits implementierten Banksystemen zu schliessen respektive zu beheben. Sie sei zudem mit einer weiteren Zusatzfunktion im Bereich Service Management Support betraut worden.

5.4 Dem Gesuch von C/Schweiz vom 23. September 2015 ist zu entnehmen, dass sie mehrere Stellen im Bereich Testing ausschrieb (Software-Tester Banking, Test Manager Banking, Mitarbeiter in der Testfallgestaltung Banking). Die freien Stellen seien ab dem 1. Juni 2015 bis zur Einreichung des Gesuchs auf verschiedenen Portalen ausgeschrieben worden, unter anderem intern sowie auf [www.jobs.ch](http://www.jobs.ch), [jobs.nzz.ch](http://jobs.nzz.ch), [itjobs.ch](http://itjobs.ch),

www.linkedin.com, www.job-room.ch sowie auf www.eures.ch. Die Arbeitgeberin reichte zum Nachweis ihrer Suchbemühungen mehrere Inserate ein, denen der Publikationszeitraum jedoch nicht zu entnehmen war. Neu reichte die Beschwerdeführerin zwei E-Mails vom 13. Mai 2015 ins Recht, aus denen hervorgeht, dass die C/Schweiz Stelleninserate für Software-Tester Banking sowie Softwaretest-Manager im Informationssystem der Arbeitslosenversicherung und der öffentlichen Arbeitsvermittlung für 60 Tage (das heisst vom 13. Mai bis zum 13. Juli 2015) veröffentlicht liess (Job-Room, EURES und SSI Terminals). Aus einer E-Mail eines RAV-Kundenberaters vom 6. Oktober 2015 ist zudem ersichtlich, dass zwei weitere Stellenmeldungen (Mitarbeiter in der Testfallgestaltung Banking und Software-Tester Banking) vom 2. September bis zum 2. Oktober 2015 beim RAV publiziert wurden. Die Beschwerdeführerin arbeitet schon seit Frühling 2013 für C /Schweiz. Der Beschwerdegegner hat die Beschwerdeführerin daher zu Recht als Wunschkandidatin gewertet und die eingereichten Unterlagen kritisch hinterfragt . Unter Berücksichtigung der neu eingereichten Dokumente erwecken die Suchbemühungen jedoch nicht den Eindruck, sie seien eine blosser Formalie. C/Schweiz veröffentlichte schon im Mai 2015 – das heisst mehrere Monate vor Einreichung des Gesuchs um Bewilligung der Erwerbstätigkeit der Beschwerdeführerin und vor deren Trennung vom Schweizer Ehemann – Stelleninserate im Bereich Testing. Die Stelleninserate scheinen auch nicht auf das Stellenprofil der Beschwerdeführerin ausgerichtet zu sein. Deren Tätigkeit umfasst die Aufgabenbereiche Software-Tester, Test Manager sowie Service Management Support. Ausgeschrieben wurden hingegen keine diesem kombinierten Aufgabenprofil entsprechenden Stellen. Im Übrigen zeigt ein Blick auf das C/Schweiz-Stellenportal, dass nach wie vor Stellen als Test-Manager Banking sowie Test Analyst ausgeschrieben sind. C/Schweiz suchte damit auf verschiedenen branchenüblichen Rekrutierungskanälen in sowohl fachlicher, geografischer als auch zeitlicher Hinsicht angemessen und zweckmässig. 5.5 Die Beschwerdeführerin und ihre Arbeitgeberin machen geltend, trotz diesen Suchbemühungen hätten die Stellen nicht mit geeigneten Bewerberinnen oder Bewerberinnen aus einem Vorrang genießenden Gebiet besetzt werden können. Aus diversen Kanälen habe C/Schweiz auf die Stelleninserate insgesamt rund 175 Bewerbungen erhalten. Davon seien rund 43 in eine erste Auswahl genommen worden . Mit einer engeren Auswahl von 17 Kandidierenden verschiedenster Nationalitäten sei jeweils ein Telefoninterview geführt worden. Leider habe niemand von diesem Kandidierenden überzeugen können , da meistens zu wenig Berufserfahrung und/oder zu wenig Testing- Know-how vorhanden gewesen sei. C/Schweiz reichte dazu eine Liste mit den 43 näher evaluierten Kandidaten und Kandidatinnen ein, aus welcher hervorgeht, weshalb keine dieser Bewerbungen zu einer Anstellung führte. Die jeweiligen Begründungen erscheinen grundsätzlich nachvollziehbar und decken sich mit dem, was zu den Stellenanforderungen und zur Schwierigkeit, für den Bereich Testing ausreichend gut qualifizierte und berufserfahrene Fachpersonen zu finden, ausgeführt wurde. Dass sich C/Schweiz zur Eignung der übrigen, nicht näher geprüften 132 Bewerberinnen und Bewerber nicht äusserte, ist hier nicht weiter beachtlich. Es ist notorisch, dass insbesondere bekannte und attraktive Arbeitgeber eine Vielzahl von Bewerbungen erhalten, aber ein jeweils erheblicher Prozentsatz der Bewerberinnen und Bewerber schon die Basisanforderungen der ausgeschriebenen Stelle nicht erfüllen. 5.6 Die Beschwerdeführerin hat damit die behaupteten Suchbemühungen substantiiert dargelegt und in genügendem Mass belegt, dass keine geeigneten Personen in der Schweiz bzw. in einem EU- oder EFTA-Staat für den Bereich Testing gefunden werden

konnten. Das Prinzip des Inländervorrangs wurde damit gewahrt. 6. Dass andere Gründe als das Prinzip des Inländervorrangs dem gesamtwirtschaftlichen Interesse an einer Bewilligungserteilung entgegenstehen würden, ist nicht ersichtlich. Verschiedene Studien bestätigen einen ICT-Fachkräftemangel oder zumindest eine ICT-Fachkräfteknappheit (vgl. Econlab, ICT-Fachkräftesituation: Bedarfsprognose 2022, Bern 2014, ictswitzerland.ch; Institut für Wirtschaftsstudien Basel AG, eEconomy in der Schweiz: Monitoring und Report 2014, Basel 2014, [www.seco.admin.ch/seco/de/home/seco/nsb-news.msg-id-53521.html](http://www.seco.admin.ch/seco/de/home/seco/nsb-news.msg-id-53521.html)). Diese Arbeitsmarktsituation widerspiegelt auch ein Schreiben von C/Schweiz vom 9. Juni 2016, wonach es sich überaus schwierig gestalten würde, ausreichend gut qualifizierte und berufserfahrene Fachpersonen für den Testing-Bereich zu finden, welche sowohl ihren Ansprüchen als auch den Kundenanforderungen genügen. Wenn der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin im Jahr 2010 und im Oktober 2011 Kurzaufenthaltsbewilligungen für Einsätze im Rahmen von IT-Projekten bei H erteilte, spricht das auch dafür, dass die Beschäftigung der Beschwerdeführerin im Bereich Testing in Projekten mit Grosskunden im Bankensektor im gesamtwirtschaftlichen Interesse steht. Aus arbeitsmarktlicher Sicht ist nach dem Gesagten ein massgebliches Interesse an einer Weiterbeschäftigung der Beschwerdeführerin in der Schweiz zu bejahen, zumal sie auch einen orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn erhält (nachfolgend E. 7).

7. 7.1 Nach Art. 22 AuG können Ausländerinnen und Ausländer zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nur zugelassen werden, wenn die orts-, berufs- und branchenspezifischen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden. Diese Bestimmung bezweckt einerseits den Schutz der inländischen Arbeitnehmer vor Lohn- und Sozialdumping, andererseits aber auch den Schutz der ausländischen Arbeitnehmer vor finanzieller Ausbeutung (BBl 2002, 3781). Die orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen bestimmen sich nach den gesetzlichen Vorschriften, den Gesamt- und Normalarbeitsverträgen sowie den Lohn- und Arbeitsbedingungen für die gleiche Arbeit im selben Betrieb und in der gleichen Branche; die Ergebnisse statistischer Lohnerhebungen sind ebenfalls zu berücksichtigen (Art. 22 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [SR 142.201]).

7.2 Der Beschwerdegegner kam gestützt auf den Lohnrechner der Bundesverwaltung (Salarium) zum Schluss, der vertraglich vereinbarte Lohn der Beschwerdeführerin entspreche nicht der orts- und branchenüblichen Lohnhöhe für die vorliegende Tätigkeit. Dieser betrage unter Berücksichtigung der individuellen Ausbildung und Berufserfahrung der Beschwerdeführerin sowie weiterer lohnrelevanter Parameter insgesamt Fr. 116'076.- (12 x Fr. 9'673.-) pro Jahr.

7.3 Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin seit Dezember 2015 einen Monatslohn von Fr. 7'810.- zuzüglich eines monatlichen Individual Performance Bonus (IPB) von Fr. 320.- erhält. Dies entspricht einem Jahreslohn von insgesamt Fr. 97'560.- (ein 13. Monatslohn ist nicht geschuldet). Die Arbeitszeit beträgt 40 Stunden pro Woche. Darüber hinaus anfallende Überstunden können im Verhältnis 1:1 kompensiert oder mit einem Zuschlag von 25 % ausbezahlt werden. Die Beschwerdeführerin macht zudem geltend, ihr sei im September 2013 und 2014 sowie im Dezember 2015 je ein Company Bonus ausgerichtet worden. Der Company Bonus sei bei der Berechnung des massgeblichen Lohns zu berücksichtigen, ebenso wie ein – im Dezember 2015 eingeführter – Individual Add-on Bonus. C/Schweiz habe zudem dargelegt, dass die Beschwerdeführerin auf demselben Karrierelevel und in ähnlichen Rollen mit fünf weiteren Mitarbeitenden verglichen werden könne, welche alle den gleichen Basislohn und den gleichen Individual Performance Bonus wie die

Beschwerdeführen erhielten. Eine Anhebung des Lohns würde die Beschwerdeführerin daher gegenüber diesen Mitarbeitenden privilegieren. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren reicht die Beschwerdeführerin neu anonymisierte Lohnabrechnungen zweier Mitarbeitenden von C/Schweiz ein, welche den gleichen Basislohn erhalten. Beide Mitarbeitenden seien im September 2012 zum Level "Software Engineering Team Lead" befördert worden. Die Beschwerdeführerin sei im Dezember 2015 zum entsprechenden Level befördert worden. Deshalb stammten die Lohnausweise der beiden Mitarbeitenden vom März 2013 bzw. Oktober 2013. Die Mitarbeitenden seien bereit, telefonisch Auskunft über ihren Lohn zu geben.

7.4 Weit detailliertere Angaben zu Mindestlöhnen sowie orts- und berufsüblichen Löhnen in der Schweiz als der Lohnrechner des Bundes macht das vom Beschwerdegegner heraus gegebene – aber von ihm nicht herangezogene – Lohnbuch 2016 (AWA, Das Lohnbuch 2016, Zürich 2016): ICT-Testingenieure entwickeln, dokumentieren und führen Testfälle auf Basis der Teststrategie, der Anforderungs- und Spezifikationsdokumente aus. Dies entspricht somit weitgehend dem Stellenbeschrieb eines Software-Testers. Der Medianlohn für ICT-Testingenieure im Alter zwischen 35 bis 39 beträgt gemäss Lohnbuch 2016 Fr. 5'788.- im Monat (S. 365). ICT-Testmanager erarbeiten die Teststrategie und -pläne sowie die Testspezifikationen und -konzepte. Sie stellen die Planung und Durchführung von Testaktivitäten sicher und Überwachen die Qualität, die Termine sowie die Kosten. Der Medianlohn für ICT-Testmanager im Alter der Beschwerdeführerin beträgt gemäss Lohnbuch 2016 Fr. 7'769.- pro Monat (S. 365). Die im Lohnbuch 2016 angegebenen Löhne wurden aufgrund bestehender statistischer Erhebungen ermittelt sowie unter Herbeizug der Standardumfrage Saläre der ICT aktualisiert (S. 366). Die Löhne entsprechen stets Bruttolöhnen (S. 33). Zum massgeblichen Lohn werden auch Gratifikationen, Treue- und Leistungsprämien gezahlt (S. 34). Berufsüblich sind 42 Wochenstunden wie auch ein 13. Monatslohn (S. 36 4 f f.). Die Löhne im Kanton Zürich bilden zudem den Ausgangspunkt für Lohnvergleiche einzelner Landesregionen. Sie werden daher mit einem Wert von 100 % gewichtet (S. 37). Die statistisch erfassten Angaben geben einen Hinweis auf orts- und berufsübliche Löhne. Diese entsprechen einem Lohnband, welches sich ober- und unterhalb des Medianwerts befindet (S. 32). Der orts- und berufsübliche Lohn für eine im Kanton Zürich arbeitende ICT-Testingenieurin im Alter von 37 Jahren beträgt damit – bei 40 Wochenstunden – um Fr. 71'661.- pro Jahr (bzw. Fr. 5'972.- pro Monat [inkl. 13. Monatslohn]). Für eine ICT-Testmanagerin im gleichen Alter und der gleichen Anzahl zu leistenden Wochenstunden beträgt der Medianwert Fr. 96'188.- pro Jahr (bzw. Fr. 8'016.- pro Monat [inkl. 13. Monatslohn]).

7.5 Der Lohn der Beschwerdeführerin liegt damit – auch ohne Berücksichtigung des Company Bonus – sowohl über dem Medianlohn für ICT-Testingenieure als auch leicht über demjenigen von ICT-Testmanager n im Kanton Zürich. Entsprechend kann offenbleiben, ob vorliegend der Company Bonus bei der Berechnung des massgeblichen Lohns hätte berücksichtigt werden müssen. Die statistischen Daten des Lohnbuchs 2016 decken sich auch mit den Angaben von C/Schweiz betreffend die Löhne weiterer Mitarbeitenden auf dem gleichen Karrierelevel wie die Beschwerdeführerin sowie den anonymisierten Lohnausweisen zweier Mitarbeitenden. Eine mündliche Befragung dieser Mitarbeitenden kann deshalb unterbleiben.

7.6 Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin einen orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn erhält.

8. Die Beschwerdeführerin verfügt über einen heimatlichen Universitätsabschluss als Informatikerin und weist mehrjährige Berufserfahrung als Software-Testerin im Bankensektor auf. Sie ist damit als Spezialistin oder zumindest als qualifizierte Arbeitskraft im Sinn von Art. 23 Abs. 1 AuG zu betrachten.

Mit Blick auf die berufliche Qualifikationen der Beschwerdeführerin, ihr Alter und die unbestritten gebliebenen Sprachkenntnisse sowie die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin seit dem 3. Oktober 2012 aufgrund ihrer Heirat mit einem Schweizer Bürger in der Schweiz weilt, ist zudem zu erwarten, dass sie sich weiter in den schweizerischen Arbeitsmarkt und die Gesellschaft integrieren wird (Art. 23 Abs. 2 AuG).

## **E. 9**

mit Hinweisen zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts).

### **E. 9.1**

Weil auch die übrigen Voraussetzungen für die Erteilung einer Arbeitsbewilligung erfüllt sind, ist die Beschwerde gutzuheissen. Dispositiv-Ziff. I des Rekursentscheids vom 12. Mai 2016 sowie die Verfügung des Beschwerdegegners vom 1. Dezember 2015 sind aufzuheben, und der Beschwerdegegner ist einzuladen, der Beschwerdeführerin eine Arbeitsbewilligung zu erteilen.

### **E. 9.2**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG) und ist dieser zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für das verwaltungsgerichtliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG).

### **E. 9.3**

In Bezug auf die vorinstanzliche Nebenfolgenregelung ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin den Nachweis genügender Suchbemühungen erst im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erbrachte. Entsprechend hat die Beschwerdeführerin weiterhin die Rekurskosten zu tragen und steht ihr für das Rekursverfahren keine Parteientschädigung zu.

## **E. 10**

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Soweit hinsichtlich Erwerbstätigkeit ein Bewilligungsanspruch geltend gemacht werden will, lässt sich Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) erheben (vgl. Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG; ablehnend BGr, 21. Mai 2013, 2C\_468/2013, E. 2, auch zum Weiteren). Ansonsten kommt bloss die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG in Betracht (einschränkend BGr, 18. September 2009, 2C\_583/2009, E. 2). Werden beide Rechtsmittel ergriffen, muss dies laut Art. 119 Abs. 1 BGG in der gleichen Rechtsschrift geschehen.

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