



Entscheidinstanz: Volkswirtschaftsdirektion

Geschäftsnummer: VD_15/2014

Datum des Entscheids: 29. Oktober 2014

Rechtsgebiet: Ausländerrecht

Stichwort(e): Kurzaufenthaltsbewilligung EU-2
arbeitsmarktliche Vorprüfung
Inländervorrang
Suchbemühungen

verwendete Erlasse: Art. 10 Abs. 2b Freizügigkeitsabkommen
Art. 21 Ausländergesetz

Zusammenfassung (verfasst von der Staatskanzlei):

Zur Durchsetzung des gegenüber neuen EU-Mitgliedstaaten (bis Mai 2016) und Drittstaatsangehörigen geltenden Inländerländervorrangs als Zulassungsbeschränkung muss ein Arbeitgeber nachweisen, dass er Rekrutierungsbemühungen auf dem inländischen Arbeitsmarkt unternommen und dort keine entsprechende Arbeitskraft (Schweizer oder in den schweizerischen Arbeitsmarkt integrierte ausländische Arbeitskräfte) gefunden hat.

Suchbemühungen sind unzureichend, wenn sich die zu besetzende Stelle einzig über das RAV oder auf dem Internetportal (www.jobroom.ch) und nicht auch in der Fach- und Tagespresse ausgeschrieben wird bzw. weitere elektronische Medien eingesetzt werden.

Stelleninserate dürfen nicht auf eine bestimmte (bestehende Wunsch-)Person zugeschnitten sein, so dass andere Kandidatinnen und Kandidaten (zum Vornherein) ausgeschlossen werden können.

Anonymisierter Entscheidtext (Auszug):

Sachverhalt (gekürzt):

Mit Verfügung vom **. März 2014 lehnte das Amt für Wirtschaft und Arbeit [Rekursgegner] das Gesuch der X. Business School [Rekurrentin] um arbeitsmarktliche Vorprüfung der Zulassung von Y., bulgarische Staatsangehörige, zum erstmaligen Stellenantritt in der Schweiz gestützt auf das FZA ab. Das Rekursverfahren wurde während einer gewissen Zeit sistiert, um der Rekurrentin Gelegenheit zugeben, Ergebnisse der erneuten Stellenausschreibung zu dokumentieren.

Erwägungen:

1.-2. [...]

- 3.a) Der Rekursgegner lehnte das Gesuch in der angefochtenen Verfügung mit der Begründung ab, dass der Inländervorrang gemäss Art. 10 Abs. 2b FZA nicht gewahrt sei. Es würden keine eindeutigen Belege für ernsthafte Suchbemühungen vorliegen. Zwar sei die Stelle beim RAV gemeldet worden; Ausschreibungen über weitere Kanäle seien jedoch nicht belegt. Ebenso fehle eine Auflistung der Bewerber mit den jeweiligen Absagegründen.
- b) Die Rekurrentin macht geltend, dass es nicht möglich gewesen sei, eine passende inländische Arbeitskraft zu finden. Sie hätte seit Anfang 2014 erfolglos gesucht. Es sei aus wirtschaftlichen Gründen wichtig, den osteuropäischen Markt zu erschliessen. Auch die erneute Ausschreibung über das RAV habe zu keinem anderen Ergebnis geführt.
- c) Der Rekursgegner hält entgegen, dass die vakante Stelle zwar beim RAV gemeldet worden sei, die Meldung sei jedoch weder datiert noch enthalte sie die Angabe der Meldungsnummer. Sodann würden auch Belege zu Inseraten auf anderen Plattformen fehlen. Weiter fehle auch eine datierte Auflistung der Bewerber mit dem jeweiligen Absagegrund. Schliesslich seien die verlangten Sprachanforderungen (Englisch, Deutsch, Bulgarisch und Serbisch) aufgrund der Domizilierung in der deutschsprachigen Schweiz und der englischsprachigen, globalen Welt unzulässig. Die aktenmässig erstellten Suchbemühungen seien unzulässig. Der Inländervorrang sei somit nicht erfüllt und der Rekurs abzuweisen.
- 4.a) Das Ausländergesetz gilt für Ausländerinnen und Ausländer, soweit keine anderen Bestimmungen des Bundesrechts oder von der Schweiz abgeschlossene völkerrechtliche Verträge zur Anwendung kommen (vgl. Art. 2 Abs. 1 AuG). Für Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten, ihre Familienangehörigen sowie für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in einem dieser Staaten Wohnsitz oder Sitz haben, gilt dieses Gesetz nur so weit, als das Freizügigkeitsabkommen keine abweichenden Bestimmungen enthält oder dieses Gesetz günstigere Bestimmungen vorsieht (Art. 2 Abs. 2 AuG). Durch das Protokoll II zum FZA ist dessen Geltungsbereich auf die zwei neuen EU-Mitgliedstaaten Bulgarien und Rumänien ausgedehnt worden und die Übergangsbestimmungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt wurden ergänzt.
- b) Y. ist Bulgarin und damit Staatsangehörige einer der zwei neuen Mitgliedstaaten der EU. Es gelangen somit das Protokoll II zum FZA, dessen Ausführungserlasse, insbesondere die Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs vom 22. Mai 2002 (VEP; SR 142.203) sowie ergänzend das Ausländergesetz zur Anwendung. Dabei gilt zu beachten, dass für Staatsangehörige der EU-2-Mitgliedstaaten bis längstens am 31. Mai 2016 gewisse Zulassungsbeschränkungen bestehen.
- c) Bevor die zuständige kantonale Behörde einem Staatsangehörigen von Bulgarien eine Bewilligung für eine unselbständige Erwerbstätigkeit erteilt, entscheidet die kantonale Arbeitsmarktbehörde mittels Verfügung darüber, ob die arbeitsmarktlichen Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung erfüllt sind. Das Verfahren richtet sich nach kantonalem Recht (Art. 27 VEP). Im Vorentscheid ist zu prüfen, ob der Vorrang der inländischen Arbeitskräfte gewahrt ist, die Lohn- und Arbeitsbedingungen ein-

gehalten sind sowie Kontingente vorhanden sind. Für diese Prüfung gelten grundsätzlich die gleichen Vorschriften wie für Drittstaatsangehörige (Weisungen und Erläuterungen des Bundesamtes für Migration zur Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs [VEP-Weisungen], Ziff. 5.5).

- 5.a) Der Arbeitgeber muss für die Überprüfung des Inländervorrangs gemäss Art. 10 Abs. 2b FZA und Art. 21 AuG nachweisen, dass er Rekrutierungsbemühungen auf dem inländischen Arbeitsmarkt unternommen und dort keine entsprechende Arbeitskraft (Schweizer oder in den schweizerischen Arbeitsmarkt integrierte ausländische Arbeitskräfte) gefunden hat. Der Arbeitgeber ist dazu anzuhalten, offene Stellen, die er nur mit Arbeitskräften aus den neuen Mitgliedstaaten (Bulgarien und Rumänien) besetzen kann, möglichst frühzeitig den Regionalen Arbeitsvermittlungstellen (RAV) zur Ausschreibung im AVAM (elektronisches Informationssystem für die Arbeitsvermittlung und Arbeitsmarktstatistik) zu melden. Die Schaltung von Inseraten in Fach- und Tagespresse, der Einsatz elektronischer Medien sowie der Beizug privater Arbeitsvermittler sind nachzuweisen. Der Arbeitgeber muss im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht seine Suchbemühungen belegen (VEP-Weisungen, Ziff. 5.5.2). Der Arbeitgeber hat somit hinsichtlich des Inländervorrangs den Nachweis zu erbringen, dass er erfolglos Rekrutierungsbemühungen auf dem (Schweizer) Arbeitsmarkt unternommen hat. Dabei reicht es nicht aus, wenn solche Bemühungen als reine Erforderniserbringung erfolgen. Es werden vielmehr inhaltlich zweckmässige und echte Bemühungen über einen angemessenen Zeitraum hinweg verlangt (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-3167/2009 vom 3. September 2012, E. 5.1; und C-679/2011 vom 27. März 2012, E. 7.1).
- b) In den eingereichten Unterlagen finden sich zunächst eine E-Mail von «Job-Room» vom 2*. Februar 2014, wonach das Stelleninserat betreffend «Strategic Development Manager, Eastern Europe» für 60 Tage auf www.job-room.ch sowie www.ssi.ch publiziert werde sowie eine E-Mail vom RAV vom 2*. Mai 2014, welche bestätigt, dass die Stelle nun aufgeschaltet sei. Es finden sich weiter zwei undatierte Stelleninserate. Die Rekurrentin reichte sodann den E-Mail-Verkehr mit drei Kandidaten ein, aus welchem hervorgeht, dass ein Gespräch mit der Rekurrentin stattfand und dass keine Anstellung erfolgen wird. Aufgrund der Ausschreibung im Mai 2014 reichte die Rekurrentin schliesslich noch den E-Mail-Verkehr mit drei weiteren Interessenten nach. Aus den eingereichten E-Mails geht nur die Vereinbarung eines Vorstellungstermins hervor.
- c) Die von der Rekurrentin eingereichten Unterlagen bzw. die getätigten Suchbemühungen genügen nicht, um die Voraussetzung des Inländervorranges zu erfüllen. So hat die Rekurrentin die zu besetzende Stelle einzig über das RAV bzw. auf www.job-room.ch ausschreiben lassen. Die Schaltung von Inseraten in der Fach- und Tagespresse sowie der Einsatz elektronischer Medien fehlen gänzlich. Der Kontakt mit den ausländischen Arbeitskräften darf grundsätzlich erst erfolgen, wenn die Suche auf dem inländischen Arbeitsmarkt erfolglos geblieben ist. Die Ausschreibung auf www.job-room.ch datiert vom 2*. Februar 2014. Y. unterzeichnete den Arbeitsvertrag jedoch bereits am 4. Februar 2014; folglich bevor überhaupt eine Stellenausschreibung erfolgte. Diese erscheint somit als reine Erforderniserbringung. Im Weiteren muss sich die Rekurrentin entgegenhalten lassen, dass der E-Mail-Verkehr mit den

weiteren Kandidaten wenig aufschlussreich ist. So fehlen jegliche Informationen über die Qualifikationen der Kandidaten. Ein Abgleich mit dem eingereichten Stelleninserat ist nicht möglich. Auch die Absagegründe lassen sich nicht nachvollziehen. Schliesslich ist auch unklar, weshalb die gesuchte Kandidatin Englisch, Deutsch, Bulgarisch und Serbisch in Wort und Schrift beherrschen muss. Es scheint, als wolle die Rekurrentin – da die Wunschkandidatin über die entsprechenden Sprachkenntnisse verfügt – andere Kandidaten in unzulässiger Weise ausschliessen. Die Voraussetzung des Inländervorranges gemäss Art. 10 Abs. 2b FZA und Art. 21 AuG ist somit nicht erfüllt. Die Prüfung der weiteren Zulassungsvoraussetzungen erübrigt sich demnach.

- 6.a) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass den Vorbringen der Rekurrentin nicht gefolgt werden kann. Demgemäss ist die Verfügung vom 4. März 2014 betreffend Kurzaufenthalter EU-2 in Abweisung des Rekurses zu bestätigen.

[...]