



Entscheidinstanz: Volkswirtschaftsdirektion

Geschäftsnummer: VD_46/2013

Datum des Entscheids: 4. Dezember 2013

Rechtsgebiet: Ausländerrecht

Stichwort(e): Arbeitsmarktliche Vorprüfung, Vorentscheid
Kurzaufenthaltsbewilligung
Arbeits- und Lohnbedingungen
Inländervorrang, Suchbemühungen

verwendete Erlasse: Art. 21 ff. Ausländergesetz
Art.19 Abs. 1 Verordnung über Aufenthalt, Zulassung und
Erwerbstätigkeit
Art. 83 VZAE

Zusammenfassung (verfasst von der Volkswirtschaftsdirektion):

Ablehnung Gesuch um arbeitsmarktliche Vorprüfung der Zulassung zum schweizerischen Arbeitsmarkt gestützt auf Art. 21, 22 und 23 Abs. 1 AuG sowie Art. 19 Abs. 1 und Art. 83 VZAE durch die Vorinstanz: Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung für Drittstaatsangehörigen als Spezialitätenkoch. Einhaltung Inländervorrang sowie Arbeits- und Lohnbedingungen nicht erfüllt.

Anonymisierter Entscheidtext (Auszug):

Erwägungen:

1. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Verfügung des Amtes für Wirtschaft und Arbeit vom 24. Juni 2013 [Rekursgegner], mit welcher das Gesuch der O. Company AG [Rekurrentin] um arbeitsmarktliche Vorprüfung der Zulassung von X. zum schweizerischen Arbeitsmarkt gestützt auf Art. 21, 22 und 23 Abs. 1 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) sowie Art. 19 Abs. 1 und Art. 83 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE, SR 142.201) abgelehnt worden ist .
2. [...]
- 3.a) In der angefochtenen Verfügung lehnt der Rekursgegner das Gesuch um Arbeitsbewilligung gestützt auf Art. 21, Art. 22 und Art. 23 Abs. 1 AuG sowie Art. 19 Abs. 1 und Art. 83 VZAE ab. Er führt aus, dass die Rekurrentin nicht habe belegen können, dass sie ernsthaft und erfolgversprechend nach inländischen bzw. europäischen Arbeit-

nehmenden gesucht habe. Ebenfalls sei die Erfolglosigkeit der Suchbemühungen nicht belegt worden.

- b) Der Rekursgegner bringt weiter vor, dass die notwendigen Arbeits- und Lohnbedingungen nicht eingehalten würden. Dem eingereichten Arbeitsvertrag sei ein Verdienst von Fr. 4597/Mt. zu entnehmen, während der Mindestlohn für die Kategorie IV gemäss L-GAV bei Fr. 4800/Mt. liege.
 - c) Im angefochtenen Entscheid wird weiter festgehalten, dass die Erfüllung der betrieblichen Anforderungen gemäss Weisungen des BFM zum Ausländerbereich, Stand Oktober 2013 (Weisungen AuG), Ziff. 4.7.9.1.1 nicht genügend nachgewiesen sei. Aus den eingereichten Unterlagen liessen sich die Bilanz- und Erfolgsrechnung, der Personalbestand sowie der Umsatzanteil des Take-Aways des Einsatzbetriebs nicht nachweisen.
- 4.a) Die Rekurrentin bringt vor, dass die Voraussetzung des Inländervorrangs gemäss Art. 21 AuG sehr wohl erfüllt sei. So habe sie die erfolglosen Suchbemühungen ausreichend nachgewiesen. Die Stelleninserate seien auch auf Englisch verfasst gewesen und hätten keine Personen mit Vorrang aufgrund fachlich nicht relevanter Kriterien ausgeschlossen. Der Nichteingang von Bewerbungen könne naturgemäss nicht belegt werden.
- b) Die Rekurrentin führt aus, dass der Mindestlohn nach L-GAV Kategorie IV eingehalten werde. Der am 3. Juni 2013 nachgereichte Arbeitsvertrag bestätige dies, sei darin doch ein Lohn von Fr. 4800/Mt. vereinbart.
 - c) Die Rekurrentin bringt weiter vor, auch die betrieblichen Voraussetzungen zu erfüllen. Der Umsatzanteil des Take-Away-Angebots betrage nur ca. 11% des Gesamtumsatzes. Das Restaurant verfüge über 130 statt der geforderten 40 Innensitzplätze. Der Stellenetat betrage ebenfalls ein Vielfaches der geforderten 500%, nämlich 1600%.
- 5.a) Dem Prinzip des Inländervorrangs ist grundsätzlich in jedem Fall, d.h. in jeder Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage zu folgen. Drittstaatsangehörige können erst zum schweizerischen Arbeitsmarkt zugelassen werden, wenn neben den inländischen Arbeitskräften keine geeigneten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus dem EU-/EFTA-Raum rekrutiert werden konnten. Der Arbeitgeber muss für die Einhaltung des Inländervorrangs 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 voraussichtlich nur mit ausländischen Arbeitskräften besetzen kann, möglichst frühzeitig den Regionalen Arbeitsvermittlungsstellen zur Ausschreibung im Informationssystem für die Arbeitsvermittlung und die Arbeitsmarktstatistik (AVAM) 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. Er hat somit hinsichtlich des Inländervorrangs den Nachweis zu erbringen, dass er er-

folglos Rekrutierungsbemühungen auf dem Arbeitsmarkt unternommen hat (Weisungen AuG, Ziff. 4.3.2). Der Nachweis, dass für die betreffende Stelle keine geeigneten Kandidaten in EU-/EFTA-Staaten gefunden werden konnten, ist schwieriger zu erbringen. In der Regel genügt es, wenn der Arbeitgeber die Suchbemühungen glaubhaft macht, indem er die Stelle im Informationsnetzwerk EURES ausschreiben lässt und darlegt, dass keine geeigneten Bewerbungen eingegangen sind (LISA OTT in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Stämpfli Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Art. 21 N 7).

Die Rekurrentin hat als Beleg für ihre Suchbemühungen verschiedene Stelleninserate, ihre Korrespondenz mit dem RAV und eine Übersicht über die Bewerber eingereicht. Bei den eingereichten Stelleninseraten handelt es sich bei vier von sechs um Ausschreibungen für das Restaurant N., welche nicht berücksichtigt werden können, da es sich hierbei nicht um den Einsatzbetrieb handelt. Bei den anderen zwei lässt sich der effektive Einsatzbetrieb ebenfalls nicht feststellen, da Arbeitskräfte für «unsere Filialen in Zürich, Bern und Basel» gesucht werden. Die Stelleninserate sind zwar mit Datum versehen, doch lässt sich daraus nicht schliessen, wie lange diese aufgeschaltet waren.

Die E-Mail-Korrespondenz mit einem RAV-Mitarbeiter belegt, dass die Stelle auf den vom RAV angebotenen Portalen über einen längeren Zeitraum aufgeschaltet war. Allerdings ist auch hier aus dem Stelleninserat nicht ersichtlich, welcher Einsatzbetrieb gemeint ist. Zudem entsprechen die im Inserat angegebenen Kriterien (ungelernt, Erfahrung 1–3 Jahre, keine Angabe zum Ausbildungsniveau) nicht den Anforderungen, die ein Spezialitätenkoch oder -köchin zu erfüllen hat. Bei den aufgelisteten Bewerbern fehlt, wie der Rekursgegner festgehalten hat, die Angabe, auf welche Ausschreibung sich diese beworben haben. Englischsprachige Inserate finden sich entgegen der Aussagen der Rekurrentin keine bei den Unterlagen.

Die Bewilligungsvoraussetzungen für die Zulassung von Spezialitätenköchen aus Drittstaaten sind bewusst streng gehalten. Sowohl der Schutz der ausländischen Arbeitskräfte als auch der Schutz der Einheimischen vor Lohndumping soll gewährleistet bleiben. Arbeitgeber, welche um Zulassung eines Drittstaatsangehörigen als Arbeitskraft ersuchen, müssen aus diesem Grund glaubhaft darlegen, auf die zu bewilligende Arbeitskraft angewiesen zu sein. Allgemeine Verweise auf branchenspezifischen Fachkräftemangel, veraltete oder ungenau formulierte Stellenanzeigen oder eine ungenaue Dokumentation der erbrachten Rekrutierungsbemühungen können daher nicht akzeptiert werden.

Zusammenfassend konnte die Rekurrentin den Nachweis über die notwendigen Rekrutierungsbemühungen im Inland und EU-Raum nicht erbringen.

- b) Der Mindestlohn für Spezialitätenköche richtet sich nach dem L-GAV Kategorie IV und beträgt für das Jahr 2013 brutto Fr. 4800/Mt. (Weisungen AuG, Ziff. 4.7.9.1.1 lit.g / http://www.l-gav.ch/fileadmin/downloads/Lohnsystem2012/L-GAV_Lohnsystem_2012.pdf).

Nachdem der ursprünglich eingereichte Arbeitsvertrag diese Voraussetzung nicht erfüllte, reichte die Rekurrentin im Rahmen des rechtlichen Gehörs einen zweiten Arbeitsvertrag ein, worin ein Monatsgehalt von brutto Fr. 4800/Mt. festgehalten ist. Der Arbeitsvertrag ist jedoch nur von der Arbeitgeberin unterzeichnet. Ein beidseitig unterzeichnetes Exemplar wurde bis heute nicht eingereicht. Um garantieren zu können, dass die Mindestlöhne eingehalten werden, muss der Arbeitnehmer zumindest Kenntnis von seinem rechtmässigen Lohn haben. Vorliegend ist unklar, ob diesem der angepasste Vertrag vorgelegt wurde oder nicht.

Die Einhaltung des Mindestlohns für X. ist daher nicht belegt.

Da die Bewilligungsvoraussetzungen bereits aufgrund des oben Ausgeführten nicht gegeben sind, kann offen bleiben, wie weit die übrigen Anforderungen erfüllt sind.

6. a) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass den Vorbringen der Rekurrentin bezüglich des Inländervorranges sowie der Einhaltung der Arbeits- und Lohnbedingungen nicht gefolgt werden kann. Die angefochtene Verfügung vom 18. Juni 2013 ist deshalb in Abweisung des Rekurses zu bestätigen.
- b) [Verfahrenskosten]

Die Volkswirtschaftsdirektion verfügt:

- I. Der Rekurs wird abgewiesen.
- II. [...]