Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-2216/2010
{T 0/2}

Urteil vom 12. August 2010

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Vorsitz),
Richter Blaise Vuille, Richterin Marianne Teuscher,
Gerichtsschreiber Daniel Grimm.

Parteien

X. _____**AG**, handelnd durch Y._____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Verweigerung der Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid in Bezug auf D._____.

Sachverhalt:

A.
Der aus Serbien stammende D._____ (geb. _____) gelangte im Sommer 2000 als Asylsuchender in die Schweiz. Das damals zuständige Bundesamt für Flüchtlinge (BFF; heute: BFM) lehnte das Asylgesuch am 22. Mai 2002 ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz an. In teilweiser Wiedererwägung dieses Asylentscheids wurde der Betroffene vom Bundesamt auf Beschwerde hin am 4. Februar 2003 vorläufig aufgenommen. Mit Verfügung vom 19. September 2005 hob das BFM die vorläufige Aufnahme wieder auf und ordnete den Vollzug der Wegweisung an. Ein dagegen erhobenes Rechtsmittel wies die Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) mit Urteil vom 4. Juli 2006 ab.

B.
Seit anfangs 2005 arbeitete D._____ für die „X._____ AG“ (im Folgenden: Beschwerdeführerin bzw. Arbeitgeberin), einem Familienunternehmen, das sich auf die Bereiche Festzeltbauten, Catering sowie Fest- und Eventorganisationen spezialisiert hat. Auf Ersuchen der Arbeitgeberin wurde die mit Urteil der ARK vom 4. Juli 2006 festgelegte Ausreisefrist mehrmals erstreckt, letztmals bis zum 5. Dezember 2006.

C.
Am 16. August 2007 unterbreitete der Migrationsdienst des Kantons Bern der Vorinstanz einen Antrag auf Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 14 Abs. 2 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31). Mit Verfügung vom 14. September 2007 verweigerte das BFM die Zustimmung zum anbegehrten Anwesenheitsrecht. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte diesen Entscheid mit Urteil vom 3. September 2009 (vgl. BVGE 2009/40). Am 14. Januar 2010 hat D._____ die Schweiz daraufhin verlassen.

D.
Am 19. Januar 2010 bzw. 18. Februar 2010 stellte die Beschwerdeführerin bei der hierfür zuständigen Berner Wirtschaft (beco) für D._____ ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zum Stellenantritt als Richtmeister/Teamleiter Zeltbau. Die kantonale Arbeitsmarktbehörde liess am 19. Februar 2010 in Form einer Mitteilung vorerst verlauten, die Voraussetzungen von Art. 21 und Art. 23

des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) seien nicht erfüllt, erklärte sich auf ein entsprechendes „Wiedererwägungsgesuch“ hin mit Vorentscheid vom 25. Februar 2010 dann aber zur Erteilung einer Jahresaufenthaltsbewilligung gemäss Art. 33 AuG bereit. Die Akten wurden gleichentags dem BFM zur Zustimmung unterbreitet.

Mittels E-Mail vom 10. März 2010 signalisierte das BFM gegenüber der kantonalen Arbeitsmarktbehörde, es werde dem eingereichten Gesuch nicht zustimmen. Nachdem sich die Arbeitgeberin in der Folge mehrmals telefonisch an das Bundesamt gewandt hatte, teilte dieses dem beco am 16. März 2010 auf elektronischem Weg mit, es halte an seinem Standpunkt fest. Tags darauf ersuchte die Beschwerdeführerin um den Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung. Parallel dazu legte sie ihre Argumente im Rahmen mehrerer E-Mails nochmals dar.

E.
Mit Verfügung vom 22. März 2010 verweigerte die Vorinstanz die Zustimmung zum kantonalen Vorentscheid vom 25. Februar 2010 über die Bewilligung zur Erwerbstätigkeit. Zur Begründung führte sie aus, wenn auf dem Schweizer Arbeitsmarkt keine entsprechende Arbeitskraft gefunden werden könne, so bestehe die Möglichkeit, gut qualifizierte Personen im Ausland zu rekrutieren, sofern dies im gesamtwirtschaftlichen Interesse liege (Art. 18 AuG) und die Bestimmungen zum Vorrang inländischer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Art. 21 AuG) erfüllt seien. Dabei gelte es, die zahlenmässige Begrenzung (Art. 20 AuG), die Lohn- und Arbeitsbedingungen (Art. 22 AuG) sowie die persönlichen Voraussetzungen (Art. 23 AuG) einzuhalten. Im konkreten Fall fehle es an hinreichenden Suchbemühungen (Art. 21 AuG). Ein Arbeitgeber müsse Rekrutierungsanstrengungen glaubhaft machen können, welche in zeitlicher Folge und inhaltlich zweckmässiger Art ein echtes Bemühen aufzeigten, die fragliche Vakanz mit inländischen Bewerbern bzw. solchen aus EU/EFTA-Staaten zu besetzen. Die für D._____ vorgesehene Stelle sei lediglich von Mitte November 2009 bis Mitte Dezember 2009 im Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) ausgeschrieben gewesen. Zudem habe die Beschwerdeführerin im „Woche-Pass“ und in der „Neuen Luzerner Zeitung/Luzerner Rundschau“ Inserate geschaltet. Das Anforderungskriterium, wonach die Suchbemühungen auf den gesamten europäischen Raum auszudehnen seien, werde damit nicht erfüllt. Im Rahmen der Zulassungspraxis des Bundes

könnten sodann einzig qualifizierte Spezialisten für entsprechende Spezialistenfunktionen zugelassen werden. D._____ verfüge über zwei in Serbien absolvierte Ausbildungen zum Schlosser und zum Konfektionsschneider. In der Schweiz sei er in einer Carosseriespenglerei tätig gewesen, bevor er zur Beschwerdeführerin gewechselt habe. Es handle sich bei ihm nicht um einen qualifizierten Spezialisten. Überdies könne die Tätigkeit als Teamleiter Zeltbau/Richtmeister nicht in die Kategorie der hoch qualifizierten Spezialistenfunktionen eingestuft werden, weshalb es zusätzlich an den Erfordernissen von Art. 23 AuG mangle. Auch aus der früheren Tätigkeit des Betroffenen bei der Arbeitgeberin unter dem Status eines Asylsuchenden lasse sich kein Anspruch auf eine Bewilligung ableiten.

F.
Mit Rechtsmitteleingabe vom 5. April 2010 beantragt die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht (sinngemäss) die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid. Im Wesentlichen bringt sie vor, D._____ dringend zu brauchen. Für die zu besetzende Stelle seien Kenntnisse im Zeltbau, über Strom und den sanitarischen Bereich sowie ein Führerausweis für Lastwagen erforderlich. Wichtig sei ebenfalls, dass die gesuchte Person Jugoslawisch spreche. Der Wunschkandidat erfülle alle diese spezialisierten Teilbereiche und habe besagte Tätigkeit nun schon einige Jahre ausgeübt. Auftraggeber von nationalem gesamtwirtschaftlichem Interesse würden die Fähigkeiten von D._____ kennen und auf seine Erfahrungen setzen. Da die Arbeitgeberin auf keine schweizerischen Mitarbeiter zurückgreifen könne, welche eine solche Verantwortung übernehmen möchten, habe sie Aufträge in letzter Zeit zum Teil auswärts vergeben müssen.

Dazu reichte die Beschwerdeführerin Kopien von E-Mails ein. Darin beschrieb sie die Schwierigkeiten und Pannen bei der Abwicklung von Aufträgen, die sich seit der Ausreise von D._____ zugetragen hätten.

Am 12. April 2010 legte die Arbeitgeberin vier Auszüge von Kundenreaktionen und ein undatiertes Schreiben zu weiteren Vorkommnissen ins Recht. Daraus ging u.a. hervor, dass das Kleinunternehmen D._____ Mitte April 2010 gebeten hatte, im Betrieb auszuhelfen. Anlässlich einer Kontrolle auf der Autobahn habe die Polizei alsbald

festgestellt, dass der Betroffene ohne Bewilligung erwerbstätig gewesen sei.

G.
In ihrer Vernehmlassung vom 1. Juni 2010 spricht sich die Vorinstanz unter Erläuterung der Vorgeschichte und der bisher genannten Gründe für die Abweisung der Beschwerde aus und hebt hervor, die Jugoslawischkenntnisse von D._____ vermöchten keine Abkehr von Art. 21 AuG zu rechtfertigen, zumal es in der Schweiz eine grosse Anzahl Jugoslawisch sprechender Personen gebe.

H.
Replikweise hält die Beschwerdeführerin am 10. Juni 2010 am eingereichten Rechtsmittel fest. In Ergänzung zu den bisherigen Vorbringen wird angefügt, dass der Betrieb auch Mitarbeiter beschäftige, welche aus verschiedenen Gründen nicht im normalen Arbeitsalltag eingesetzt werden könnten und es wird auf die schlechten Erfahrungen bei der Rekrutierung von Richtmeistern bzw. Montageleitern verwiesen. Überdies erläutert die Beschwerdeführerin nochmals eingehend das Metier und Umfeld, in welchem sie tätig ist.
Der Replik war ein Arbeitsvertragsentwurf eines Stelleninteressenten beigelegt.

I.
Mit ergänzender Bemerkung vom 15. Juni 2010 präzisierte das BFM seine in der Vernehmlassung vom 1. Juni 2010 bei der Wiedergabe des Sachverhalts gemachte Äusserung, die Arbeitgeberin habe mit Telefonanrufen bis ins Vorzimmer von Bundesrätin Eveline Widmer-Schlumpf versucht, das Gesuch zu ihren Gunsten zu beeinflussen dahingehend, beim fraglichen Anruf sei es nicht um einen arbeitsmarktlich relevanten Gegenstand gegangen.

J.
Am 22. Juni 2010 wandte sich die Beschwerdeführerin per E-Mail direkt an das Bundesverwaltungsgericht und schilderte anhand eines konkreten Auftrages erneut die Probleme, mit denen sich das Familienunternehmen hierbei auseinanderzusetzen habe. Eine weitere Ergänzung ging, wiederum per E-Mail, am 7. Juli 2010 ein.

K.
Auf den weiteren Akteninhalt wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Verfügungen des BFM betreffend Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31, Art. 32 sowie Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist endgültig (Art. 1 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 83 Bst. c Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.2 Das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.3 Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 49 ff. VwVG).

2.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und – soweit nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. E. 1.2 des in BGE 129 II 215 teilweise publizierten Urteils 2A.451/2002 vom 28. März 2003).

3.

Am 1. Januar 2008 traten das AuG und seine Ausführungsverordnungen in Kraft. Das AuG beansprucht Geltung auf alle Verfahren, die nach seinem Inkrafttreten eingeleitet wurden, sei es nun auf Gesuch hin oder von Amtes wegen (vgl. Art. 126 Abs. 1 AuG e contrario; ferner BVGE 2008/1 E. 2 mit Hinweisen). Das Verfahren selbst folgt

dem neuen Verfahrens- und Organisationsrecht (vgl. Art. 126 Abs. 2 AuG). Vorliegend ist sowohl materiell als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht das neue Recht anwendbar.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin beklagt in der Replik, dass sie beim BFM oder beim Bundesverwaltungsgericht nie persönlich habe vorsprechen dürfen. Im Verwaltungs(beschwerde)verfahren gilt grundsätzlich das Untersuchungsprinzip, das durch die Mitwirkungspflicht der Parteien ergänzt wird (vgl. Art. 12 und Art. 13 VwVG). Der Untersuchungsgrundsatz bedeutet, dass die Verwaltungs- und Justizbehörden den Sachverhalt von Amtes wegen abklären. Sie sind für die Beschaffung der Entscheidgrundlagen verantwortlich. Hierfür bedienen sie sich nötigenfalls der in Art. 12 VwVG genannten Beweismittel. Das Verwaltungsrechtspflegeverfahren ist sodann vom Grundsatz der Schriftlichkeit geprägt (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Lausanne/Zürich/Bern 2008, Rz. 3.85/3.86 S. 143 ff.) und ein Anspruch auf mündliche Anhörung besteht nicht (BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148). Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 37 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (BZP, SR 273) sieht das Parteiverhör gemäss Art. 62 BZP nicht vor und verpflichtet die Behörde des Weiteren nicht, alles und jedes, was wünschbar wäre, abzuklären. Bei der Auswahl der Beweismittel berücksichtigt sie vielmehr deren Tauglichkeit und Beweiskraft (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 276). Zusätzliche Abklärungen sind nur dann vorzunehmen, wenn hierzu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte Anlass besteht.

4.2 Von beantragten Beweisvorkehren kann abgesehen werden, wenn der Sachverhalt, den eine Partei beweisen will, nicht rechtserheblich ist, wenn bereits Feststehendes bewiesen werden soll, wenn von vornherein gewiss ist, dass der angebotene Beweis keine wesentlich neuen Erkenntnisse zu vermitteln vermag oder wenn die Behörde den Sachverhalt aufgrund eigener Sachkunde ausreichend würdigen kann (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 319 und 320; BGE 122 V 157 E. 1d S. 162 mit Hinweis). Gelangt die Behörde bei pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung, der zu beweisende Sachverhalt sei nicht rechtserheblich oder der angebotene Beweis nicht geeignet, weitere Abklärungen herbeizuführen, kann auf ein beantragtes Beweismittel

verzichtet werden (zur antizipierten Beweiswürdigung vgl. BGE 130 ll 169 nicht publizierte E. 2.1, ferner BGE 127 l 54 E. 2b S. 56, BGE 122 V 157 E. 1d S. 162, BGE 119 V 335 E. 2c S. 344; Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 69.78 E. 5a; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1801/2006 vom 20. Januar 2009 E. 2.1 u. 2.2). Eine solche Situation ist hier gegeben. Es ist nicht davon auszugehen, dass eine persönliche Vorsprache der Arbeitgeberin zu massgebenden neuen Erkenntnissen führen würde, geben die herangezogenen Akten der Vorinstanz, des Migrationsdienstes des Kantons Bern und der kantonalen Arbeitsmarktbehörde hierüber doch hinreichend Aufschluss. Abgesehen davon hat sich die Beschwerdeführerin zu den relevanten strittigen Fragen (Rekrutierungsbemühungen, persönliche Voraussetzungen einer Anstellung) über verschiedene Kanäle (schriftlich, per E-Mail und telefonisch) wiederholt geäussert und ihren Standpunkt aus ihrer Warte dargelegt. Dem Antrag auf persönliche Anhörung ist deshalb nicht stattzugeben.

5.

D._____ untersteht als serbischer Staatsangehöriger weder dem Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, SR 0.142.112.681) noch dem Abkommen vom 21. Juni 2001 zur Änderung des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA-Übereinkommen, SR 0.632.31). Seine Zulassung als sogenannter Drittstaatsangehöriger zum schweizerischen Arbeitsmarkt richtet sich deshalb nach dem AuG und seinen Ausführungsverordnungen, insbesondere der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201).

6.

6.1 Gemäss Art. 99 AuG legt der Bundesrat fest, in welchen Fällen Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen sowie kantonale arbeitsmarktliche Vorentscheide dem BFM zur Zustimmung zu unterbreiten sind. Dieses kann die Zustimmung verweigern oder den kantonalen Entscheid einschränken.

6.2 Vor der Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung (Art. 32 AuG) oder einer Aufenthaltsbewilligung (Art. 33 AuG) mit Erwerbstätigkeit sind die arbeitsmarktlichen Vorentscheide im Sinne von Art. 83 VZAE

der Vorinstanz zur Zustimmung zu unterbreiten (Art. 85 Abs. 2 VZAE). Damit war auch der Vorentscheid des beco vom 25. Februar 2010 zustimmungsbedürftig. Das BFM kann die Zustimmung aus den in Art. 86 VZAE genannten Gründen verweigern. Es befindet über das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen in Ausübung einer originären Sachentscheidskompetenz des Bundes ohne Bindung an die Beurteilung durch die kantonalen Behörden (vgl. BGE 127 II 49 E. 3a S. 51 f. und BGE 120 Ib 6 E. 3 S. 11 f.; ferner Entscheide des Eidgenössischen und Justiz- und Polizeidepartements [EJPD], publiziert in VPB 70.23, 67.62 und 66.66).

6.3 Gemäss Art. 18 AuG können Ausländerinnen und Ausländer zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit zugelassen werden, wenn dies dem gesamtwirtschaftlichen Interesse entspricht (Bst. a), das Gesuch eines Arbeitgebers vorliegt (Bst. b) und die Voraussetzungen nach den Art. 20 – 25 AuG erfüllt sind (Bst. c). Zu beachten gilt es in diesem Zusammenhang die Begrenzungsmassnahmen (Art. 20 AuG), die Bestimmungen zum Vorrang (Art. 21 AuG), die Lohn- und Arbeitsbedingungen (Art. 22 AuG), die persönlichen Voraussetzungen (Art. 23 AuG) sowie das Erfordernis einer bedarfsgerechten Wohnung (Art. 24 AuG). Grenzgängerinnen und Grenzgänger unterstehen einem gesonderten Regime (Art. 25 AuG).

6.4 Art. 21 AuG regelt den Vorrang von inländischen Arbeitskräften und solchen aus dem EU/EFTA-Raum. Nach dessen Abs. 1 können Drittstaatsangehörige zum schweizerischen Arbeitsmarkt nur dann zugelassen werden, wenn nachgewiesen wird, dass keine dafür geeigneten Erwerbstätigen aus der Schweiz oder einem EU/EFTA-Staat, mit welchem ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde, gefunden werden können. Eine Anstellung ist ferner nur möglich, wenn gleichzeitig die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden (Art. 22 AuG).

6.5 Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligungen an Drittstaatsangehörige können sodann nur Führungskräften, Spezialistinnen und Spezialisten und anderen qualifizierten Arbeitskräften erteilt werden (Art. 23 Abs. 1 AuG). Zusätzlich müssen die berufliche Qualifikation, die berufliche und soziale Anpassungsfähigkeit, die Sprachkenntnisse und das Alter eine nachhaltige Integration in den schweizerischen Arbeitsmarkt und das gesellschaftliche Umfeld erwarten lassen (Art. 23 Abs. 2 AuG). Das duale System zu Gunsten von

Schweizerinnen und Schweizern sowie Angehörigen der EU/EFTA-Staaten wird durch die Ausnahmegründe von Art. 23 Abs. 3 AuG durchbrochen und zwar wenn einer der folgenden Tatbestände erfüllt ist: Die Drittstaatsangehörigen sind Investorinnen und Investoren sowie Unternehmerinnen und Unternehmer, die Arbeitsplätze erhalten oder neue schaffen (Bst. a); es handelt sich um anerkannte Personen aus Wissenschaft, Kultur und Sport (Bst. b); Personen mit besonderen beruflichen Kenntnissen oder Fähigkeiten, sofern für deren Zulassung ein Bedarf ausgewiesen ist (Bst. c); Personen im Rahmen des Kadertransfers von international tätigen Unternehmen (Bst. d) oder schliesslich Personen, deren Tätigkeit in der Schweiz im Rahmen von wirtschaftlich bedeutenden internationalen Geschäftsbeziehungen unerlässlich ist (Bst. e).

7.

7.1 Streitig ist vorliegend, ob die Voraussetzungen von Art. 21 AuG und Art. 23 AuG erfüllt sind. Deren Vorliegen kann nicht leichthin angenommen werden, soll doch die Absicht des Gesetzgebers verwirklicht werden, die Zuwanderung aus dem Nicht-EU/EFTA-Raum weiterhin restriktiv zu gestalten, konsequent einem längerfristigen gesamtwirtschaftlichen Interesse unterzuordnen und vermehrt an den übergeordneten integrations-, gesellschafts- und staatspolitischen Zielen zu orientieren. Damit einher geht das Bestreben, weder eine Strukturerhaltung durch wenig qualifizierte Arbeitskräfte mit tiefen Löhnen zu fördern, noch Partikularinteressen innerhalb der Wirtschaft zu schützen. 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 Arbeitsmarktes führen, wie dies schon die per 1. Januar 2008 aufgehobene Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO, AS 1986 1791, zum vollständigen Quellennachweis vgl. Art. 91 Ziff. 5 VZAE) vorgesehen hatte (zum Ganzen vgl. Botschaft vom 8. März 2002 zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, in BBl 2002 3709, insbes. Ziff. 1.2.3 S. 3724 ff.; zu den früheren materiellen Zulassungsvoraussetzungen, die sich von den heutigen in grundsätzlicher Hinsicht nicht unterscheiden, siehe ferner Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4349/2008 vom 3. April 2009 E. 6.1 mit weiteren Hinweisen).

7.2 Wie aus dem Sachverhalt hervorgeht, stiess D._____ anfangs 2005 im Rahmen seines Aufenthalts als Asylsuchender zur Beschwerdeführerin, für welche er bis zu seiner Ausreise im Frühjahr 2010 in verschiedenen Funktionen tätig war. Ursprünglich hätte er das Land nach dem Urteil der ARK vom 4. Juli 2006 betreffend Aufhebung der vorläufigen Aufnahme bis zum 5. September 2006 verlassen müssen. Dank mehrerer Fristerstreckungsgesuche und einem Härtefallverfahren gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG vermochten die Beteiligten eine mehrjährige Verlängerung des Aufenthalts in der Schweiz zu erwirken. Aus besagter, sich letztlich über eine Dauer von fünf Jahren erstreckenden Tätigkeit für die Arbeitgeberin kann jedoch kein Anspruch auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit abgeleitet werden. Es handelt sich vorliegend vielmehr um ein neues, andersartiges Verfahren, in welchem ausschliesslich geprüft wird, ob die in Art. 18 – 24 AuG aufgelisteten Zulassungsvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 40 Abs. 2 AuG i.V.m. Art. 83 ff. VZAE). Davon abgesehen scheint es vor dem Hintergrund der dargelegten Vorgeschichte angezeigt, ein besonderes Augenmerk darauf zu richten, Handlungen zu verhindern, die in irgendeiner Weise auf eine Umgehung der ordentlichen ausländerrechtlichen Vorschriften hinauslaufen könnten. Andernfalls würde dem Schaffen vollendeter Tatsachen Vorschub geleistet, wie dies anscheinend während des hängigen Rechtsmittelverfahrens bereits versucht wurde (siehe Sachverhalt Bst. F vorstehend). Bei dieser Ausgangslage rechtfertigt es sich, die festgelegten Zulassungskriterien strikt auszulegen.

7.3 D._____ geniesst keine Rekrutierungspriorität, was zur Folge hat, dass seine Zulassung erst möglich wäre, wenn für die Vakanz bei der Beschwerdeführerin weder einheimische Erwerbstätige noch solche aus dem EU/EFTA-Raum rekrutiert werden könnten (siehe E. 6.4 hievor). Das Prinzip des Vorranges inländischer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach Art. 21 AuG ist in jedem Fall und unabhängig von der Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage zu beachten. Hierbei müssen die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber belegen, dass sie trotz umfassender Suchbemühungen keine geeigneten Arbeitskräfte aus dem Inland oder einem EU/EFTA-Staat finden konnten; sie haben mit anderen Worten den Nachweis zu erbringen, die Stelle vergeblich über die branchenüblichen Rekrutierungskanäle – beispielsweise durch Inserate in der Fach- und Tagespresse oder mittels elektronischer Medien – ausgeschrieben zu haben. 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 nurmehr pro forma, gewissermassen als blosse Erforderniserbringung erfolgen (zum Ganzen siehe Weisungen des BFM zum Ausländerbereich, Kapitel 4.3.2, abrufbar unter <http://www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/dokumentation/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/I.auslaenderbereich> [nachfolgend: Weisungen]).

7.4 Die kantonale Arbeitsmarktbehörde hat die Beschwerdeführerin sowohl am 5. Februar 2010 als auch in ihrer Mitteilung vom 19. Februar 2010 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass als Ausfluss von Art. 21 AuG mehrwöchige, aktive Suchbemühungen in der ganzen Schweiz und im gesamten EU/EFTA-Raum nachzuweisen seien. Die fragliche Stelle ist den Angaben der Arbeitgeberin zufolge mehrmals dem RAV gemeldet worden; laut den eingereichten Unterlagen war sie von Mitte November 2009 bis Mitte Dezember 2009 erfolglos dort ausgeschrieben (vgl. Bestätigung des RAV Sursee vom 6. Januar 2010). Zudem sollen Inserate im „Woche-Pass“ (Gratisanzeiger der Region Sursee) und in der „Neuen Luzerner Zeitung/Luzerner Rundschau“ erschienen und je ein Stellenvermittlungsbüro in Olten und Zofingen miteinbezogen worden sein. Belegt sind allerdings nur die dem „Woche-Pass“ erteilten Aufträge (datierend vom 7. September 2005, 16. Februar 2007, 30. Januar 2008 sowie zweimal vom 25. März 2009). Die aktenmässig erstellten Bemühungen beschränken sich mithin auf die Lokalpresse und erweisen sich sowohl in räumlicher als auch in zeitlicher Hinsicht als unzureichend. Kommt hinzu, dass ein Teil der im Regionalanzeiger geschalteten Inserate offenkundig andere Stellen innerhalb der Firma betrifft (konkret Aushilfen für den Festzeltbau bzw. Servicepersonal), was im vorliegenden Rechtsmittelverfahren – gemäss Arbeitsvertrag vom 27. Januar 2010 soll D._____ bekanntlich als Teamleiter Zeltbau eingesetzt werden – selbstredend nicht berücksichtigt werden kann. Die sonstigen Anstrengungen, wie sie vor allem in der Replik vom 10. Juni 2010 geltend gemacht werden, sind wie eben erwähnt nicht belegt.

Hervorzuheben wäre an dieser Stelle, dass Suchbemühungen anderer Marktteilnehmer nicht der Beschwerdeführerin angerechnet werden können (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4349/2008 vom 3. April 2009 E. 9). Auch die Jugoslawischkenntnisse des Wunschkandidaten rechtfertigen keine Abkehr von Art. 21 AuG. Zum einen gibt

es in der Schweiz und im EU/EFTA-Raum genügend erwerbstätige Personen, welche dieser Sprache mächtig sind, zum andern handelt es sich nicht um Sprachkenntnisse, welche für die Tätigkeit als Zeltbauer hierzulande unerlässlich sind. Gleiches gilt mit Blick auf das replikweise vorgetragene Zusatzkriterium, der anzustellende Richtmeister müsse ebenfalls eine Ahnung von Küchenmaschinen und Apparaten haben. Beide Aspekte können nicht als dem gängigen Berufsbild entsprechende Anforderung angesehen werden. Dass D._____ von seinem Werdegang und Charakter her bestens in den Familienbetrieb passte, soll im Übrigen keineswegs in Abrede gestellt werden. Für die Beurteilung der Streitsache ist dies im dargelegten Kontext jedoch nicht erheblich. Die notwendige Zustimmung scheitert somit schon an den Voraussetzungen von Art. 21 AuG.

7.5 Die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zum schweizerischen Arbeitsmarkt hat sich gemäss Art. 23 Abs. 1 AuG in der Regel auf Führungskräfte, Spezialistinnen und Spezialisten und andere qualifizierte Arbeitskräfte zu beschränken. Das zu beurteilende Stellenprofil lässt sich unter keinen der unter Art. 23 Abs. 3 Bst. a – e AuG aufgelisteten Ausnahmetatbestände subsumieren, weshalb D._____ grundsätzlich die üblichen persönlichen Voraussetzungen im Sinne der ersterwähnten Bestimmung zu erfüllen hat. Der Betroffene liess sich in seinem Heimatland zum Schlosser und Schneider ausbilden. Auf letzterem Beruf war er, bevor er erstmals in die Schweiz gelangte, auch tätig. Hier arbeitete er zunächst in einer Carosseriespenglerei, bevor er zur Beschwerdeführerin wechselte. Die in ihren Augen erforderlichen Kenntnisse über „ Zeltbau / Strom / Sanitär / LKW-Ausweis“ beziehen sich trotz einer gewissen Kombination verschiedener Tätigkeitsfelder letztlich auf sehr allgemeine berufliche Bereiche. Nur schon von daher kann die solchermassen umschriebene Funktion Teamleiter Zeltbau bzw. Richtmeister weder der Kategorie der qualifizierten Arbeitskräfte noch derjenigen der hoch qualifizierten Spezialistenfunktionen (gemeint sind primär ausserordentliche unerlässliche Spezialkenntnisse in ganz spezifischen Bereichen) zugeordnet werden. Bereits dargetan wurde ebenfalls, dass Jugoslawischkenntnisse kein prägendes Merkmal der bestehenden Vakanz darstellen.

7.6 Die Vorinstanz stützt ihre ablehnende Haltung ergänzend auf die Weisungen zum Ausländerbereich. Als Verwaltungsweisungen besteht ihre Hauptfunktion darin, eine einheitliche und rechtsgleiche Hand-

habung des Verwaltungsrechts sicherzustellen, indem sie Leitlinien und Gesichtspunkte zur Konkretisierung des Verwaltungsermessens festlegen. Verwaltungsgerichte sind in der Regel nicht an Verwaltungsweisungen gebunden. Freilich pflegt eine Beschwerdebehörde selbst im Rahmen einer Angemessenheitskontrolle nicht ohne Not von der Ermessenswaltung der Vorinstanz abzuweichen, zumal wenn eine Verwaltungsweisung vorliegt, welche das Ermessen konkretisiert und eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulässt (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 41 Rz. 11 ff.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 123 ff.; BGE 126 V 421 E. 5a S. 427, BGE 130 V 163 E. 4.3.1 S. 171 f.). Eine solche Zurückhaltung rechtfertigt sich umso mehr, wenn die Weisungen – wie vorliegend geschehen – unter Mitwirkung der interessierten Fachverbände verfasst wurden und deshalb für sich die Vermutung eines sachgerechten und ausgewogenen Interessenausgleichs beanspruchen können (vgl. statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4642/2007 vom 7. Dezember 2007 E. 5.1). In diesem Rahmen wurde auch den nach Auffassung der Arbeitgeberin vernachlässigten Interessen der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) Rechnung getragen.

7.7 Ziffer I.4.7 der Weisungen listet eine Reihe von Branchen, Berufen und Funktionen auf, für welche spezifische persönliche Voraussetzungen formuliert und konkretisiert werden. Sie beinhalten im Zusammenhang mit Art. 23 AuG besonders zu beachtende Kriterien und dienen als Richtlinien bei der Gesuchsbehandlung im Einzelfall. Die in Frage stehende Tätigkeit zählt zu dem Bauspezialisten, Messestandbauer, Monteure und Werkpersonal umfassenden Bausektor. Gerade was das Baugewerbe anbelangt, so übt sich die Vorinstanz bei der Zustimmung zur Erteilung entsprechender Aufenthaltsbewilligungen an Drittstaatsangehörige in äusserster Zurückhaltung; dies nicht nur als Konsequenz der nunmehr auf Gesetzesstufe verankerten restriktiven Zulassungspraxis (vgl. Art. 18 – 24 AuG), sondern auch als Folge der stufenweisen Ausdehnung des FZA, wodurch frühere Personalengpässe entschärft werden konnten. Gemäss Ziffer I.4.7.13 der Weisungen ist eine Bewilligungserteilung einzig bei befristeten Projekteinsätzen in eigentlichen Nischenbereichen möglich. Der Auftragsnachweis sowie ein Realisierungsplan müssen vorliegen. Beides ist hier nicht gegeben, geht es doch nicht

um einen Projekteinsatz gemäss obiger Beschreibung. Die Beschwerdeführerin kann sich somit auch nicht auf einen branchenspezifischen Zulassungsgrund berufen.

7.8 Bei allem Verständnis für die Anliegen und die möglicherweise schwierige Situation der Beschwerdeführerin gilt es darüber hinaus festzustellen, dass sich längst nicht alle Probleme und Pannen, welche in den verschiedenen Eingaben und E-Mails zur Sprache gebracht werden, auf die erwogene und nun erfolgte Zustimmungsverweigerung zurückführen lassen. Aktenkundig sind beispielsweise ähnlich gelagerte Schwierigkeiten im Sommer 2006, obschon D._____ in jener Phase im Betrieb mitarbeitete (vgl. Eingaben vom 22. August 2006 und 29. November 2006 an den Migrationsdienst des Kantons Bern), was auf Probleme grundsätzlicher, struktureller Natur hindeutet. Ebenso wenig können die mit dieser ausländerrechtlichen Angelegenheit befassten Behörden für etwaige Verhaltensweisen Dritter (Unzuverlässigkeit bzw. Fehler anderer Mitarbeiter, Lieferanten und sonstiger Akteure in diesem Business) direkt oder indirekt mitverantwortlich gemacht werden.

8.
Zusammenfassend ergibt die Überprüfung der arbeitsmarktlichen Situation, dass die Voraussetzungen von Art. 18 – 24 AuG nicht erfüllt sind, weshalb die angefochtene Verfügung zu Recht ergangen ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

9.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der Beschwerdeführerin die Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Dispositiv Seite 16

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 800.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem am 30. April 2010 in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

3.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. ZEMIS [...] retour)
- den Migrationsdienst des Kantons Bern (in Kopie)
- beco, Berner Wirtschaft, Münsterplatz 3, 3011 Bern, mit den Akten (in Kopie)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Antonio Imoberdorf	Daniel Grimm

Versand: