Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-1224/2006

{T 0/2}

Urteil vom 16. November 2007

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Kammerpräsident),
Richter Andreas Trommer, Richterin Ruth Beutler,
Gerichtsschreiber Daniel Grimm.

Parteien

1. A._____,
2. F._____,
Beschwerdeführer, beide vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Wüthrich, Bruchstrasse 69, 6000 Luzern 7,

gegen

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

Gegenstand

Verweigerung der Zustimmung zum kantonalen Vorentscheid.

Sachverhalt:

A.
Der aus Rumänien stammende F._____ (geb. [...], nachfolgend Beschwerdeführer 2) erhielt von der Fremdenpolizei des Kantons Aargau (heute: Migrationsamt Kanton Aargau) im September 2001 eine auf sechs Monate befristete Kurzaufenthaltsbewilligung, um für die A._____ (im Folgenden Beschwerdeführerin 1), in welcher sein damaliger Lebenspartner T.V. einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer ist, als Mediadesigner an Projekten mitzuwirken und sich weiterzubilden. Am 18. März 2002 reiste er ordnungsgemäss wieder aus. Mitte September 2002 stellte ihm die kantonale Migrationsbehörde gestützt auf Art. 13 Bst. f der Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO, SR 823.21) eine Jahresaufenthaltsbewilligung zwecks Wohnsitznahme bei seinem Lebenspartner aus. Im Rahmen dieser Bewilligung setzte der Beschwerdeführer 2 seine Tätigkeit für die Beschwerdeführerin 1 daraufhin fort. Am 18. Oktober 2004 liess er sich an der Fachhochschule Nordwestschweiz in Basel immatrikulieren, um parallel zur (Teilzeit)Erwerbstätigkeit einen dreijährigen Lehrgang zum diplomierten Interaktionsleiter zu absolvieren.

B.
Nachdem die Einwohnerkontrolle der Stadt X._____ am 9. Juni 2005 die Trennung des Beschwerdeführers 2 von seinem Lebenspartner per 15. Juni 2005 mitgeteilt hatte, signalisierte das Migrationsamt Kanton Aargau, es werde die fragliche Jahresaufenthaltsbewilligung infolge des erfüllten Aufenthaltszweckes nicht mehr verlängern. Aufgrund von Unterlagen, die der Parteivertreter danach einreichte, erklärte sich die kantonale Migrationsbehörde am 23. Januar 2006 stattdessen bereit, anstelle der am 30. September 2005 abgelaufenen Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 14 Abs. 4 BVO eine neue, auf 27 Monate bzw. bis zum Ende des Studiums befristete kontingentierte Bewilligung auszustellen. Gleichentags wurden die Akten in Anwendung von Art. 42 Abs. 5 BVO dem Bundesamt zur Zustimmung unterbreitet.

C.
Mit Verfügung vom 24. Mai 2006 lehnte es die Vorinstanz ab, die Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid zu erteilen. Zur Begründung führte sie aus, wenn auf dem Schweizer Arbeitsmarkt keine

entsprechende Arbeitskraft gefunden werden könne, so bestehe die Möglichkeit, die benötigte Person im Ausland zu rekrutieren. Dabei gelte es den Vorrang inländischer Arbeitnehmer (Art. 7 BVO), die Lohn- und Arbeitsbedingungen (Art. 9 BVO) sowie die Rekrutierungsprioritäten (Art. 8 BVO) zu beachten. In erster Linie seien hierbei Angehörige aus Staaten der EU und der EFTA zu berücksichtigen. Ausnahmen seien möglich, wenn es sich um qualifizierte Arbeitskräfte handle und besondere Gründe vorlägen (Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO). Da der Beschwerdeführer 2 nicht mehr bei seinem vormaligen Lebenspartner wohne, sei der Aufenthaltszweck der ursprünglichen Bewilligung erfüllt. Die Beurteilung des vorliegenden Gesuches habe somit ausschliesslich nach arbeitsmarktlichen Kriterien zu erfolgen. In dieser Hinsicht verfüge der Beschwerdeführer 2 mit seiner einem Maturitätsabschluss gleichzusetzenden Wirtschafts-Oberschulausbildung nicht über die gemäss Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO erforderlichen beruflichen Qualifikationen. Die geltend gemachten beruflichen Qualitäten habe er vielmehr autodidaktisch und on the job erworben. Ebenso wenig lägen besondere Gründe im Sinne der BVO vor. Der Beschwerdeführer 2 möge zwar ein gewisses Flair für seine Arbeit haben, doch treffe dies auf etliche andere Personen in der Schweiz und der EU sicherlich auch zu. Die hervorgehobene Bedeutung der Anstellung für die Gesuch stellende Firma relativiere sich im Übrigen nur schon durch die Anstellungsumstände. Gegen eine Zustimmung spreche schliesslich die am 1. April 2006 in Kraft getretene ausgedehnte Personenfreizügigkeit.

D.

Mit Beschwerde vom 3. Juli 2006 an des Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) beantragen die Beschwerdeführer, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Zustimmung zum kantonalen Vorentscheid zu erteilen. Im Wesentlichen lassen sie vorbringen, eine Person, welche die vom Beschwerdeführer 2 zur Zeit an der Fachhochschule Nordwestschweiz besuchte Ausbildung absolviere, bringe die von Art. 8 BVO verlangten besonderen beruflichen Qualifikationen per se mit. Eines Hochschulabschlusses bedürfe es hierzu nicht. Dies ergebe sich schon aus den bisher eingereichten Unterlagen, aber auch aus einem vom 26. Juni 2006 datierenden Gutachten und einem Empfehlungsschreiben der erwähnten Fachhochschule gleichen Datums. Beim Beschwerdeführer 2 handle es sich um jemanden, der für die ganz spezielle Tätigkeit bei der Beschwerdeführerin 1 ausgezeichnete Qualifikationen aufweise, die nicht vorgängig in einem Hochschulstudium gelernt werden könnten. Was das Gehalt anbelan-

ge, so verkenne das Bundesamt die effektive Lohnsituation auf Seiten der Beschwerdeführerin 1. Zumindest in Relation zu den Löhnen der übrigen Mitarbeitenden könne die Bedeutung des Beschwerdeführers 2 für den Kleinbetrieb nicht relativiert werden. Zudem werde er von den Auftraggebern der Firma sehr geschätzt. Die Beschwerdeführerin 1 bekäme bei der Abwicklung ihrer Aufträge grosse Probleme, wenn sie nicht mehr auf ihn zählen könnte. Insbesondere die Hauptauftraggeberin sei mit den Leistungen des Beschwerdeführers 2 sehr zufrieden. Im Falle seines Wegganges würden die Konkurrenzfähigkeit des Betriebs verschlechtert und andere Arbeitsplätze gefährdet, da es aufgrund der Eigenheiten der zu besetzenden Stelle schlichtweg unmöglich wäre, einen ähnlich gut qualifizierten Mitarbeiter aus der Schweiz oder dem EU/EFTA-Raum zu finden.

E.
Mit Zwischenverfügung vom 7. Juli 2006 hielt die instruierende Behörde mit Blick auf den Antrag um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung fest, als negative Verfügung sei die angefochtene Zustimmungsverweigerung einem derartigen Verfahrensantrag nicht zugänglich. Für den Erlass allfälliger vorsorglicher Massnahmen verwies sie den Rechtsvertreter an die kantonale Migrationsbehörde.

F.
Am 29. September 2006 reichte der Rechtsvertreter eine Beschwerdeergänzung mit dem Bericht einer weiteren Referenzperson nach.

G.
In ihrer Vernehmlassung vom 1. November 2006 schliesst die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde und hebt hervor, der Beruf des Mediadesigners könne heutzutage im Rahmen einer mehrjährigen Ausbildung auf Stufe Fach- oder Hochschule erlernt werden. Nach den Weisungen des BFM könnten Drittstaatsangehörige demzufolge nur dann als qualifizierte Mediadesigner betrachtet werden, wenn sie über einen entsprechenden Ausbildungsabschluss einer Berufs- oder Fachhochschule verfügten, was beim Beschwerdeführer 2 nicht zutreffe. Besondere individuelle Qualitäten vermöchten eine berufliche Qualifikation im Sinne der BVO nicht zu ersetzen. Ebenso wenig liege ein Sachverhalt vor, der sich unter die besonderen Gründe im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO subsumieren lasse. Es gebe keinerlei Hinweise für die Annahme, der hiesige Arbeitsmarkt für Mediadesigner sei ausgetrocknet und die Beschwerdeführerin 1 habe auch keine Such-

bemühungen unternommen, um eine qualifizierte Fachperson in der Schweiz oder in einem EU/EFTA-Land zu finden. Die Frage der Ersetzbarkeit des Beschwerdeführers 2 präsentiere sich eher als innerbetriebliches Problem, aus arbeitsmarktlicher und damit volkswirtschaftlicher Optik bestehe für seine Zulassung keine Notwendigkeit.

H.
In der Replik vom 30. März 2007 gibt der Parteivertreter zu bedenken, dass der Beschwerdeführer 2 kurz vor der Erlangung des erforderlichen Diploms als Mediadesigner stehe. Zudem verweist er auf eine Stellenanzeige, welche die Beschwerdeführerin 1 am 11. Januar 2007 in der Fachzeitschrift PAGE geschaltet habe und auf die nur eine einzige Bewerbung eingegangen sei. Dass es schwierig sei, einen Mediadesigner zu finden, zeige auch die Anzahl von Stellenangeboten in der erwähnten Fachzeitschrift. Aufgrund der gesamten Umstände des Einzelfalles sei die Beschwerde allenfalls in sinngemässer Anwendung von Art. 50 des neuen Ausländergesetzes gutzuheissen.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Verfügungen des BFM betreffend Verweigerung der Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid nach Art. 42 Abs. 5 BVO unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 20 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAG, SR 142.20] und Art. 53 BVO i.V.m. Art. 31 und Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht übernimmt die Beurteilung der beim Inkrafttreten des Verwaltungsgerichtsgesetzes am 1. Januar 2007 bei Eidgenössischen Rekurs- oder Schiedskommissionen oder bei Beschwerdediensten der Departemente hängigen Rechtsmittel. Für die Beurteilung gilt das neue Verfahrensrecht (Art. 53 Abs. 2 VGG).

1.3 Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Das Urteil ist endgültig (Art. 1 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 83 Bst. c Ziff. 2 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [BGG, SR 173.110]).

1.4 Die Beschwerdeführerin 1 ist als Arbeitgeberin von F._____ zur Beschwerdeführung legitimiert, dasselbe gilt für den Beschwerdeführer 2 als Verfügungsbetroffener (vgl. Art. 20 Abs. 2 ANAG und Art. 53 Abs. 4 BVO). Auf die frist- und formgerechte Beschwerde ist einzutreten (Art. 48 ff. VwVG), soweit sie sich gegen die angefochtene Zustimmungsverweigerung vom 24. Mai 2006 richtet.

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 sowie 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 Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. E. 1.2 des in BGE 129 II 215 teilweise publizierten Urteils des Bundesgerichts 2A.451/2002 vom 28. März 2003).

3.

3.1 Der Parteivertreter regt in der Beschwerdeergänzung vom 29. September 2006 die Befragung des firmenexternen Projektleiters und Beraters D.B. als Zeugen an. Im Verwaltungs(beschwerde)verfahren gilt grundsätzlich das Untersuchungsprinzip, das durch die Mitwirkungspflicht der Parteien ergänzt wird (vgl. Art. 12 und 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. Die Einvernahme von Zeuginnen und Zeugen ist nach Art. 14 VwVG nur unter der einschränkenden Voraussetzung anzuordnen, dass sich der Sachverhalt auf andere Weise nicht hinreichend abklären lässt (zum

Ganzen vgl. BGE 130 II 169 E. 2.3.3 oder BBl 1965 II 1366/67). Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 37 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (BZP, SR 273) verpflichtet die Behörde sodann 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 insofern nur dann vorzunehmen, wenn hierzu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte Anlass besteht.

3.2 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 II 169 nicht publizierte E. 2.1, ferner BGE 127 I 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). Eine solche Situation ist hier gegeben. Mit der angeregten Zeugeneinvernahme will der Parteivertreter darlegen, dass der Beschwerdeführer 2 die verlangten beruflichen Qualifikationen im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO mitbringt. Hierbei handelt es sich indessen um einen Aspekt, dem mit Blick auf den Ausgang des vorliegenden Zustimmungsverfahrens nurmehr marginale Bedeutung zukommt (siehe dazu die nachfolgenden E. 5.1 5.4). Das konkrete Videoprojekt, für dessen Realisierung die persönliche Anwesenheit des Beschwerdeführers 2 in der Schweiz laut dem undatierten Bericht von D.B. sehr zu begrüssen wäre, war zudem für die Zeitspanne von Juli/August 2006 bis Frühjahr 2007 geplant und dürfte in der Zwischenzeit umgesetzt sein. Schliesslich befindet sich wie eben dargetan bereits eine entsprechende schriftliche Stellungnahme von D.B. in den Akten. Dem Antrag auf Zeugeneinvernahme ist demzufolge nicht stattzugeben.

4.

4.1 F._____ untersteht als rumänischer Staatsangehöriger vorderhand weder dem Abkommen über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits (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 zum schweizerischen Arbeitsmarkt richtet sich deshalb nach dem ANAG und der BVO (Art. 2 BVO). Die Behörde entscheidet, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland, nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt oder Niederlassung (Art. 4 ANAG).

4.2 Die kantonalen Fremdenpolizeibehörden sind zuständig für die Erteilung und Verlängerung von Bewilligungen. Erwerbstätigen Ausländerinnen und Ausländern erteilen sie Bewilligungen erst nach dem Vorentscheid oder der Stellungnahme der Arbeitsmarktbehörde. Vorbehalten bleibt die Zustimmung des BFM (Art. 51 BVO).

4.3 Die Begrenzungsverordnung macht die fremdenpolizeiliche Zulassung von Drittstaatsangehörigen zwecks Erwerbstätigkeit unter anderem davon abhängig, dass die Bestimmungen über den Inländervorrang (Art. 7 BVO) und den Vorrang von Angehörigen von Mitgliedstaaten der EU und der EFTA (Art. 8 BVO) gewahrt sind. Darüber entscheidet die kantonale Arbeitsmarktbehörde im Rahmen eines Vorentscheides zum kantonalen Bewilligungsentscheid; der Vorentscheid zu Bewilligungen, welche zu Lasten der kantonalen Höchstzahlen gehen (Kontingentsbewilligungen), ist dem BFM zur Zustimmung zu unterbreiten (Art. 42 Abs. 1 und 5 BVO). Dieses befindet in Ausübung einer originären Sachentscheidskompetenz des Bundes und ohne Bindung an die Beurteilung durch die kantonalen Behörden über das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen (vgl. BGE 127 II 49 E. 3a S. 51 f., BGE 120 Ib 6 E. 3c S. 11 f., ferner VPB 70.23, 67.62 oder 66.66).

4.4 Bewilligungen zur erstmaligen Erwerbstätigkeit, zum Stellen- oder Berufswechsel und zur Verlängerung des Aufenthalts dürfen nur erteilt werden, wenn der Arbeitgeber keine einheimische Arbeitskraft findet, die gewillt und fähig ist, die Arbeit zu den orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen zu leisten (Art. 7 Abs. 1 BVO). Bei Gesuchen für eine erstmalige Erwerbstätigkeit muss der Arbeitgeber auf

Verlangen zudem nachweisen, dass er alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um eine Arbeitskraft auf dem inländischen Arbeitsmarkt zu finden (Art. 7 Abs. 4 Bst. a BVO). Steht keine geeignete Arbeitskraft aus der Schweiz zur Verfügung und will die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber eine ausländische Person anstellen, ist nach der Prioritätenordnung von Art. 8 BVO vorzugehen.

4.5 Gemäss Art. 8 Abs. 1 BVO wird eine Bewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in erster Linie den Angehörigen der EU-Mitgliedstaaten nach dem Freizügigkeitsabkommen und den Angehörigen der EFTA-Mitgliedstaaten nach dem EFTA-Übereinkommen erteilt. Die Arbeitsmarktbehörden können im Vorentscheid zu Bewilligungen (Art. 42 BVO) Ausnahmen von Art. 8 Abs. 1 BVO verfügen, wenn es sich um qualifizierte Arbeitskräfte handelt und besondere Gründe eine Ausnahme rechtfertigen (Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO). Dabei müssen die beiden genannten Kriterien kumulativ erfüllt sein (vgl. VPB 67.62, 66.66, 66.67 oder 59.17).

5.

5.1 Sowohl die Vorinstanz als auch der Rechtsvertreter setzen sich eingehend mit dem Argument der Qualifiziertheit der Arbeitskraft im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO auseinander. Aus den Weisungen und Erläuterungen des BFM über Einreise, Aufenthalt und Arbeitsmarkt (ANAG-Weisungen, überarbeitete und ergänzte 3. Auflage, Bern, Mai 2006 [Quelle: www.bfm.admin.ch]) lässt sich sinngemäss ableiten, dass Mediadesigner dann als qualifiziert gelten, wenn sie im Besitze eines entsprechenden Ausbildungsabschlusses einer Berufs- oder Fachhochschule sind (vgl. Ziff. 432.32 bzw. Ziff. 491 ff. und Anhang 4/8a e contrario der ANAG-Weisungen). In der Vernehmlassung werden einige Institute aufgezählt, welche in diesem Bereich Ausbildungslehrgänge anbieten. Darunter figuriert ebenfalls die Fachhochschule Nordwestschweiz in Basel, an welcher der Beschwerdeführer 2 seit dem Herbst 2004 einen vergleichbaren dreijährigen Lehrgang absolviert. Zur Zeit ist er daran, die bislang mit Erfolg durchlaufene Ausbildung zu beenden (vgl. die diesbezüglichen Gutachten und Empfehlungen in den Beschwerdebeilagen), er dürfte mithin in Kürze in der Lage sein, den geforderten Ausbildungsabschluss mittels eines Diploms nachzuweisen, weshalb sich nähere Ausführungen hierzu erübrigen. Im vorliegenden Verfahren bleibt daher in erster Linie zu prüfen,

ob besondere Gründe (zweiter Teiltatbestand von Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO) es gestatten, ausnahmsweise eine solche Tätigkeit zuzulassen.

5.2 Dem Beschwerdeführer 2 wurde im September 2001 mit einer Kurzaufenthaltsbewilligung ermöglicht, für die Beschwerdeführerin 1 in der Schweiz als Screendesigner ein Spezialprojekt eines Grosskunden erfolgreich zum Abschluss zu bringen. Dank reduziertem Beschäftigungsgrad erhielt er zugleich die Gelegenheit, sich betriebsintern weiterzubilden. Seine Anwesenheit war aber ausdrücklich auf sechs Monate befristet (vgl. die Ermächtigung zur Visumerteilung vom 3. September 2001). Auch die Arbeitgeberin gab damals zu verstehen, ihr Angestellter werde danach wieder nach Rumänien zurückkehren, um sich dort als Mediadesigner bzw. Videokünstler zu etablieren (vgl. die Schreiben der Firma vom 20. Juli 2001 und 3. August 2001). Wegen der Beziehung zu T.V., einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer der Beschwerdeführerin 1, gelangte der Beschwerdeführer 2 im September 2002, nach vorübergehender Rückkehr in sein Heimatland, erneut in den Genuss eines Anwesenheitsrechts für die Schweiz. Die Bewilligungserteilung erfolgte diesmal auf der Grundlage von Art. 13 Bst. f BVO. Sie war an die Bedingung der häuslichen Gemeinschaft mit dem Lebenspartner geknüpft und die Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Rahmen besagter Bewilligung erlaubt. Nachdem sich das gleichgeschlechtliche Paar im Sommer 2005 getrennt hatte, war auch der Aufenthaltszweck der zweiten Bewilligung erfüllt, weshalb die kantonale Migrationsbehörde die Angelegenheit nunmehr mit einer kontingentierten Bewilligung gemäss Art. 14 Abs. 4 BVO regeln möchte. Diese Ausführungen erhellen, dass die bisherige Anwesenheit des Beschwerdeführers 2 stets auf privilegierten Zulassungskriterien beruht hat. Aus den früheren Bewilligungen lassen sich mit Blick auf das vorliegende Zustimmungsverfahren demnach keine Ansprüche ableiten. Die nunmehr beantragte Bewilligung steht, da der Beschwerdeführer 2 parallel zur Erwerbstätigkeit eine Ausbildung absolviert, zudem in einem Spannungsverhältnis zu Art. 32 BVO (siehe hierzu ebenfalls den Bericht des Migrationsamtes Kanton Aargau vom 10. Mai 2006). Von daher scheint es 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 (siehe dazu Art. 4 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 Abs. 2 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAV, SR

142.201]). Bei dieser Ausgangslage rechtfertigt es sich, die möglichen Ausnahmegründe gemäss Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO eng auszulegen.

5.3 Ob die Voraussetzungen für die Annahme eines besonderen Grundes im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO gegeben sind, beurteilt sich in erster Linie nach dem volkswirtschaftlichen Gesamtinteresse. Dieses wiederum hat sich heutzutage auch an übergeordneten integrations- und staatspolitischen Zielen zu orientieren. Unter diesem Gesichtspunkt werden von der Rechtsprechung und Praxis folgende Ausnahmegründe zugelassen: Zusammenarbeitsverträge (Joint Ventures), Praktika oder Aus- und Weiterbildung (von Berufsverbänden, global tätigen Unternehmen oder in genau definierten Bereichen mit Ausbildungskonzepten auch von KMU), Kader- oder Spezialistentransfer, prekäre gesamtschweizerischen Arbeitsmarktsituation, wirtschaftliche und für den Arbeitsmarkt Schweiz nachhaltig relevante Gründe sowie Sonderfälle von allgemeinem Interesse ohne grössere wirtschaftliche Bedeutung (vgl. Ziffer 432.32 der ANAG-Weisungen oder das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1229/2006 vom 6. Juni 2007 E. 5.3). Für diejenigen Branchen und Berufe bzw. Berufsfunktionen, in denen in der Vergangenheit am häufigsten um Ausnahmen von den Rekrutierungsbemühungen ersucht wurde (Gastgewerbe, Gesundheitswesen, Tourismus, Informatik, Sportler, Musiker, Künstler), listen die ANAG-Weisungen explizit die besonderen Kriterien für eine Ausnahme nach Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO auf (siehe Ziff. 491 i.V.m. Anhang 4/8 der ANAG-Weisungen). Das Metier, in welchem der Beschwerdeführer 2 tätig ist, figuriert nicht darunter.

5.3.1 Der Rechtsvertreter beklagt in der Replik, dass es viel zu wenige Mediadesigner gebe. Angesprochen ist damit, wenn auch nicht explizit, der Ausnahmegrund prekäre gesamtschweizerische Arbeitsmarktsituation . Dieser gelangt zur Anwendung, wenn Branchenverbände in dringenden Fällen mit wirtschaftlicher Bedeutung sich an das BFM wenden und für gewisse Personengruppen bzw. Berufssegmente Ausnahmen erwirken. Dies ist in casu bislang nicht geschehen und es wird auch nicht geltend gemacht, derartige Schritte stünden bevor. Angesichts des im Arbeitsvertrag vom 24. Oktober 2004 umschriebenen Anforderungsprofils, welches dem gängigen Berufsbild entspricht, darf davon ausgegangen werden, dass sich bei reellen Anforderungen und Anstellungsbedingungen (Lohn) qualifizierte Fachkräfte in der Schweiz finden liessen. Eng damit zusammen hängt die Frage, ob der Arbeitsmarkt in den alten EU-Ländern und den Staaten der EFTA ausge

trocknet ist. Dagegen spricht allerdings nur schon, dass gemäss den Recherchen der Vorinstanz allein im deutschsprachigen Raum eine Vielzahl von Ausbildungsmöglichkeiten zum Mediadesigner existiert und es sich um einen Beruf handelt, der nach wie vor im Trend liegt. Seitens der Beschwerdeführerin 1 ist denn nur gerade eine einzige Suchbemühung aktenkundig, was sich als absolut unzureichend erweist (zu den notwendigen Rekrutierungsanstrengungen siehe die diesbezüglichen Ausführungen in der Vernehmlassung). Auch der nachgereichte Auszug mit Stellenangeboten aus der Fachzeitschrift PAGE eignet sich in der vorliegenden Form nicht für den Nachweis von Engpässen der beschriebenen Art.

5.3.2 Soweit auf Beschwerdeebene argumentiert wird, die Zustimmungsverweigerung schmälere die Konkurrenzfähigkeit der Beschwerdeführerin 1, gefährde Arbeitsplätze und der Abgang von guten Arbeitnehmern sei volkswirtschaftlich generell schlecht, gilt es sodann zu prüfen, ob allenfalls der Ausnahmegrund wirtschaftliche und für den Arbeitsmarkt Schweiz nachhaltig relevante Gründe zum Tragen kommen könnte. Die ANAG-Weisungen nennen unter diesem Titel die Erschliessung neuer Märkte, die Sicherstellung von wirtschaftlich bedeutenden Verbindungen ins Ausland, die Sicherstellung von Exportvolumen sowie Unternehmensgründungen oder Betriebserweiterungen mit Schaffung von nachhaltigen Arbeitsplätzen, für die inländische Arbeitnehmende rekrutierbar sind. Nur schon diese Auflistung deutet darauf hin, dass die Bundesbehörden mit den Weisungen Sachverhalte von ganz anderen Dimensionen erfasst haben wollten (siehe hierzu VPB 67.62). Die Beschwerdeführerin 1 charakterisiert sich als Kleinbetrieb mit sieben Angestellten, die meisten davon arbeiten in Teilzeit (vgl. die Lohnbescheinigung für das Jahr 2005). Zusätzliche Arbeitsplätze würden im Falle der Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers 2 (er ist zur Zeit mit einem 50%-Pensum für die Firma tätig) keine geschaffen, was deutlich macht, dass besagte Eckdaten längst nicht die erforderliche Grössenordnung für eine Anerkennung als besonderer Grund im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO erreichen. Das Beibehalten des (minimalen) Personalbestandes kann unter solchen Umständen jedenfalls kaum als im volkswirtschaftlichen Gesamtinteresse liegend betrachtet werden und wesentliche wirtschaftliche Impulse würden durch die Besetzung besagter Teilzeitanstellung mit dem Beschwerdeführer 2 keine ausgelöst. So schloss die Hauptauftraggeberin ihre diesbezüglichen Verträge stets mit der Beschwerdeführerin 1 ab, wobei sie die Erfüllung der Aufträge nicht an die Bedingung der Mitwirkung einzel-

ner, namentlich genannter Personen knüpfte (vgl. die Beilagen zur Beschwerdeschrift). Abgesehen davon verfügt der Kleinbetrieb, wie an anderer Stelle eingeräumt wird, über weitere gut qualifizierte Leute, so dass die Befürchtung, bei einem Weggang des Beschwerdeführers 2 könnten betriebsintern Arbeitsplätze gefährdet sein, in den Akten ebenfalls keine Stütze findet. Die übrigen der vorgesehenen Ausnahmetatbestände fallen unter den vorliegenden Begebenheiten von vornherein ausser Betracht. Die Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid scheitert deshalb am Erfordernis der besonderen Gründe im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO.

5.4 Der freie Personenverkehr mit der EU/EFTA erfordert aus volkswirtschaftlichen und staatspolitischen Überlegungen grösste Zurückhaltung gegenüber einer Zulassung von Drittstaatsangehörigen zum schweizerischen Arbeitsmarkt. Die Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf die neuen Mitgliedstaaten der EU (Osterweiterung) ist seit mehr als eineinhalb Jahren in Kraft. Auf den 1. Juni 2007 wurden zudem die Kontingente für die fünfzehn "alten" EU-Länder sowie Malta und Zypern aufgehoben. In beiden Fällen sind die Folgen und Auswirkungen davon offen. Aus Gründen der Rechtsgleichheit bzw. des Gleichbehandlungsgebotes geht es zudem nicht an, mögliche künftige Entwicklungen (konkret die allfällige Ausweitung der Personenfreizügigkeit auf Rumänien und Bulgarien) einzelfallweise vorwegzunehmen. Das Ziel der bundesrätlichen Ausländerpolitik ist es, eine Zuwanderung von Arbeitskräften aus Nicht-EU/EFTA-Staaten (sowie aus EU-Ländern ohne Personenfreizügigkeit mit der Schweiz) zu gestatten, die sozial- und gesellschaftspolitisch verträglich ist und nachhaltig für einen ausgewogenen Arbeitsmarkt sorgt. Die Beschäftigung von Drittausländern soll demzufolge ermöglicht werden, wenn dies im längerfristigeren gesamtwirtschaftlichen und staatspolitischen Interesse liegt, wobei den bestehenden Lohn- und Arbeitsbedingungen Beachtung zu schenken ist. Insoweit geht es darum zu vermeiden, dass mittels Sonderlösungen die Anwendung der ausländerrechtlichen Vorschriften behindert und mögliche, nicht erwünschte Präjudizien geschaffen werden. Daneben führte die dauerhafte arbeitsmarktliche Zulassung des Beschwerdeführers 2 zu einem gerade bei Schwellenländern der EU nicht unbedingt erwünschten Brain-Drain. Hinzuzufügen wäre, dass das Migrationsamt Kanton Aargau, indem es die Erwerbstätigkeit des betreffenden Arbeitnehmers während des Beschwerdeverfahrens duldete, den Interessen aller Beteiligten gebührend Rechnung trug. Ein weitergehendes Entgegenkommen scheint nicht angezeigt. Als unbe-

helflich erweist sich schliesslich der nachträglich Verweis auf Art. 50 des neuen Ausländergesetzes. Zum einen vermag dieses Gesetz keine Vorwirkung zu entfalten, zum anderen wäre über den behaupteten Anspruch unter einem anderen Aspekt sowie in einem anderen Verfahren zu befinden. Alles in allem widerspräche es demnach dem Sinn und Zweck des zweiten Abschnitts des Kapitel 1 der BVO, in Konstellationen wie der vorliegenden Ausnahmen zuzulassen. Die Vorinstanz hat das ihr nach Art. 4 ANAG zustehende Ermessen demnach in pflichtgemässer Weise wahrgenommen.

6.
Zusammenfassend ergibt die Überprüfung der arbeitsmarktlichen Situation, dass die Voraussetzungen im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO nicht gegeben sind. Die angefochtene Verfügung erweist sich somit als rechtmässig (Art. 49 VwVG), weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

7.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind den Beschwerdeführern die Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Bst. b des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Dispositiv Seite 15

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 800.- werden den Beschwerdeführern auferlegt. Sie werden mit dem am 19. Juli 2006 in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

3.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. 1 891 959 und AG / 20602064 retour)
- das Migrationsamt Kanton Aargau mit den Akten AG 68 707

Der Kammerpräsident:	Der Gerichtsschreiber:
Antonio Imoberdorf	Daniel Grimm

Versand: