[AZA 7]
C 109/00 Ws

II. Kammer

Präsident Lustenberger, Bundesrichter Meyer und Ferrari;
Gerichtsschreiberin Hofer

Urteil vom 18. Oktober 2000

in Sachen
R._____, Arbon, Beschwerdeführerin,

gegen
Amt für Wirtschaft und Arbeit, Abteilung Arbeitslosenkasse, Zürcherstrasse 285, Frauenfeld, Beschwerdegegner,

und
Rekurskommission des Kantons Thurgau für die Arbeitslosenversicherung, Eschlikon/TG

A.- Die 1959 geborene, aus dem ehemaligen Jugoslawien stammende R._____ hielt sich in den Jahren 1986 und 1987 vorübergehend in der Schweiz auf und war hier auf Grund einer Saisonbewilligung erwerbstätig. Nach ihrer Heirat reiste sie gemäss Ausländerausweis am 30. Juni 1989 in die Schweiz ein.
Vom Kanton Thurgau erhielt sie eine befristete Aufenthaltsbewilligung (Ausländerausweis B) mit dem Aufenthaltszweck "Verbleib beim Ehemann". Seither widmete sie sich der Erziehung der 1988 und 1989 geborenen Kinder, ohne daneben einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Am 1. Juni 1999 meldete sich R._____ bei der Arbeitslosenversicherung zum Leistungsbezug an. Die Arbeitslosenkasse Thurgau unterbreitete die Sache dem Kantonalen Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (neu Amt für Wirtschaft und Arbeit [AWA]) zum Entscheid über die Arbeitsberechtigung. Gestützt auf dessen Stellungnahme vom 8. Juni 1999 verneinte die Kasse mit Verfügung vom 28. Juni 1999 den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Juni 1999.

B.- Die von der Versicherten dagegen erhobene Beschwerde wies die Rekurskommission des Kantons Thurgau für die Arbeitslosenversicherung mit Entscheid vom 17. Februar 2000 ab.

C.- Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt R._____ die Zusprechung von Arbeitslosenentschädigung für den Zeitraum vom 1. Juni 1999 bis 30. April 2000.
Während die Rekurskommission und die Arbeitslosenkasse in abweisendem Sinne Stellung nehmen, verzichtet das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist die Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG). Ein Arbeitsloser ist vermittlungsfähig, wenn er bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG).
Somit gehört zur Vermittlungsfähigkeit nicht nur die Arbeitsfähigkeit und die Vermittlungsbereitschaft, sondern auch die Arbeitsberechtigung. Wenn und solange keine Arbeitsberechtigung besteht, fehlt es auch an der Vermittlungsfähigkeit des Versicherten und damit an seiner Anspruchsberechtigung (BGE 120 V 379 Erw. 2a; ARV 1996/97 Nr. 33 S. 187 Erw. 3a/bb und Nr. 18 S. 90 Erw. 3b mit Hinweisen).

b) Der Ausländer bedarf zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit sowie zum Stellen- und Berufswechsel einer Bewilligung; ausgenommen von der Bewilligungspflicht ist nur die erwerbliche Betätigung der niedergelassenen Ausländer (Art. 3 Abs. 3 ANAG). Nach Art. 14c ANAG bewilligen die kantonalen Behörden den Ausländern eine unselbstständige Erwerbstätigkeit, sofern die Arbeitsmarkt- und Wirtschaftslage dies gestattet (BGE 120

V 380 Erw. 2b).
Gemäss Verordnung über die Zahl der Ausländer (BVO) dürfen Ausländern Bewilligungen zur erstmaligen Erwerbstätigkeit, zum Stellen- oder Berufswechsel und zur Verlängerung des Aufenthaltes nur erteilt werden, wenn der Arbeitgeber trotz - konkret nachgewiesener - Bemühungen 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 und 4 BVO). Geht es um die erstmalige Erwerbstätigkeit, haben neben den einheimischen Arbeitskräften diejenigen stellensuchenden Ausländer den Vorrang, die sich bereits in der Schweiz aufhalten und zur Erwerbstätigkeit berechtigt sind (Art. 7 Abs. 3 BVO).
Nach dem mit der Verordnungsänderung vom 25. Oktober 1995 eingefügten Art. 7 Abs. 5bis BVO (in Kraft seit 1. November 1995; AS 1995 4869) gilt Absatz 3 dieser Bestimmung jedoch nicht für den Ehegatten eines Ausländers und seine Kinder, wenn sie eine Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Familiennachzugs erhalten haben (Art. 38 und 39 BVO). In ihren Erläuterungen vom Oktober 1995 zur Änderung der BVO führten das seco (damals noch Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit) und das Bundesamt für Ausländerfragen aus, die Einfügung von Abs. 5bis stehe in engem Zusammenhang mit den neuen Erleichterungen für Familien von Diplomaten und internationalen Beamten und diene der einheitlichen Zulassung von Personen auf dem Arbeitsmarkt, die im Rahmen des normalen Familiennachzugs eingereist seien. Infolge dieser Änderung habe Art. 13 lit. a BVO aufgehoben werden können, zumal die im Familiennachzug gemäss Art. 38 BVO zugelassenen Personen gemäss Art. 12 Abs. 2 Satz 2 BVO bereits von der zahlenmässigen Begrenzung ausgenommen seien, wenn sie eine erstmalige Erwerbstätigkeit ausübten. Nach der neuen Bestimmung hätten sie einen erleichterten Zugang zum Arbeitsmarkt, unterstünden jedoch der Kontrolle der Anstellungsbedingungen (Art. 9 BVO).
In einer Weisung vom 8. September 1999 hält das Bundesamt für Ausländerfragen sodann fest, Art. 7 Abs. 5bis BVO sei in dem Sinne zu verstehen, dass Ehegatten eines Ausländers, die im Rahmen des Familiennachzugs eingereist sind, bei der Aufnahme einer erstmaligen Erwerbstätigkeit dem Vorrang der einheimischen Arbeitskräfte (gemäss Abs. 1), nicht aber dem Vorrang der stellensuchenden Ausländer (gemäss Abs. 3) unterstehen.

c) Daraus ergibt sich, dass im Familiennachzug eingereiste Ausländer nicht einem generellen Arbeitsverbot unterliegen.
Wie Asylbewerber (Art. 13 lit. g BVO) sind sie von der für erwerbstätige Jahresaufenthalter geltenden zahlenmässigen Zulassungsbegrenzung ausgenommen (Art. 12 Abs. 2 BVO).
Gegenüber jenen sind sie insofern privilegiert, als der Vorrang der stellensuchenden Ausländer nach Art. 7 Abs. 3 BVO, die sich bereits in der Schweiz aufhalten und zur Erwerbstätigkeit berechtigt sind, nicht zur Anwendung kommt.
Namentlich Jahresaufenthalter können somit gegenüber den Personen, die im Familiennachzug eingereist sind, keinen Vorrang geltend machen. Die Arbeitsmarktbehörde hat daher im Rahmen des Vorentscheides oder der Stellungnahme gemäss Art. 42 und 43 BVO den Vorrang der einheimischen Arbeitskräfte zu beachten (Art. 7 Abs. 1 und 4 BVO) und zu prüfen, ob die orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten sind (Art. 9 BVO). Damit steht den zuständigen kantonalen Behörden bei der Bewilligung von Arbeitsberechtigungen von Ausländern, welche im Familiennachzug in die Schweiz eingereist sind, ein weiter Ermessensspielraum zu (zur Publikation vorgesehenes Urteil M. vom 19. September 2000 [C 122/99]).

2.- a) Im Rahmen der Beurteilung der Vermittlungsfähigkeit stellt die Frage nach der Arbeitsberechtigung ausländischer Staatsangehöriger eine Vorfrage dar (BGE 120 V 382 Erw.
3a). Die Vermittlungsfähigkeit beurteilt sich prospektiv, d.h. von jenem Zeitpunkt aus und auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse, wie sie bei Erlass der angefochtenen Verfügung bestanden hatten (BGE 120 V 387 Erw. 2 mit Hinweisen).

b) Gestützt auf ihr Saisonnierstatut aus den Jahren 1986 und 1987 hatte die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Daueraufenthalt in der Schweiz. Bei ihrer Wiedereinreise nach erfolgter Heirat wurde ihr der Aufenthalt ab 30. Juni 1989 unter dem Titel des Familiennachzugs bewilligt. In seiner Stellungnahme zu Handen der Arbeitslosenkasse vom 8. Juni 1999 führte das AWA - das zugleich auch zuständige kantonale Arbeitsmarktbehörde im Sinne der BVO ist - aus, die Versicherte sei im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz eingereist. Sie weise keine beruflichen Qualifikationen aus, weshalb sie lediglich für Hilfsarbeiten eingesetzt werden könne. Bei der derzeitigen Arbeitsmarktlage im Kanton Thurgau mit einer relativ hohen Zahl an stel-

lenlosen Personen, wovon der grösste Teil Hilfskräfte, könnten die Arbeitgeber ihren Personalbedarf unter den einheimischen Arbeitskräften rekrutieren.
Angesichts dieser Ausgangslage könne der Versicherten kein Stellenantritt bewilligt und keine Arbeitserlaubnis erteilt werden. Im Zeitpunkt der Verfügung vom 28. Juni 1999, auf welchen es für die Beurteilung praxisgemäss ankommt (BGE 121 V 366 Erw. 1b mit Hinweisen), konnte die Beschwerdeführerin somit nicht mit der Erteilung einer Arbeitsbewilligung rechnen. Angesichts der negativen Stellungnahme der Arbeitsmarktbehörde und in Nachachtung des dieser zukommenden Ermessens (ARV 1998 Nr. 44 S. 251 Erw. 1b) haben Arbeitslosenkasse und Rekurskommission die Anspruchsberechtigung mangels Vermittlungsfähigkeit somit zu Recht verneint.

c) Was in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde dagegen vorgebracht wird, vermag zu keinem anderen Ergebnis zu führen. Dass sich die tatsächlichen Verhältnisse geändert haben und der Beschwerdeführerin der Stellenantritt als Küchengehilfin in einem Restaurant ab 1. Mai 2000 von der zuständigen Behörde bewilligt wurde, lässt die Verfügung vom 28. Juni 1999 nicht als unrechtmässig erscheinen. Wegen des Vorranges der inländischen Arbeitskräfte können Bewilligungen nur für Berufe und Branchen mit Arbeitskräftemangel erteilt werden, wobei der Arbeitgeber jeweils nachweisen muss, dass er keine einheimische Arbeitskraft gefunden hat. Die Bewilligungspraxis der Arbeitsmarktbehörde wird somit durch die jeweilige Arbeitsmarkt- und Konjunkturlage bestimmt. Wenn die Behörde die erwerbliche Situation zu einem bestimmten Datum als für ausländische Arbeitskräfte ungünstig einschätzt, bedeutet eine nachträgliche Bewilligung gestützt auf einen konkreten Arbeitsnachweis nicht, dass auch rückwirkend auf den Zeitpunkt, ab welchem Arbeitslosenentschädigung beantragt wird, die Vermittlungsfähigkeit zu bejahen wäre. Dies wird vom AWA mit Bezug auf die Beschwerdeführerin denn auch ausdrücklich bestätigt. In seiner Stellungnahme vom 10. Mai 2000 führt dieses
weiter aus, die Erteilung einer Arbeitsbewilligung sei anhand eines konkreten Arbeitsgesuches der Pizzeria A._____ am 29. März 2000 erneut geprüft worden.
Auf Grund der Tatsache, dass für die fragliche Stelle eine einheimische Arbeitskraft weder gefunden noch durch das Regionale Arbeitsvermittlungszentrum habe vermittelt werden können, sei der Beschwerdeführerin die Bewilligung schliesslich erteilt worden.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I.Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

II.Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
III. Dieses Urteil wird den Parteien, der Rekurskommission des Kantons Thurgau für die Arbeitslosenversicherung, dem Amt für Wirtschaft und Arbeit Thurgau und dem

Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 18. Oktober 2000

Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der II. Kammer:

Die Gerichtsschreiberin: