

100.2023.203U
HER/CSA/AMA

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 25. Februar 2025

Verwaltungsrichterin Herzog, präsidierendes Mitglied
Verwaltungsrichter Häberli
Gerichtsschreiberin Cotting

A. _____
Beschwerdeführer

gegen

Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion des Kantons Bern
Rechtsabteilung, Münsterplatz 3a, Postfach, 3000 Bern 8

betreffend Verweigerung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zur Ausübung
einer selbständigen Erwerbstätigkeit; arbeitsmarktlicher Vorentscheid
(Entscheid der Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion des Kantons
Bern vom 5. Juli 2023; I2022-008)



Prozessgeschichte:

A.

A._____, indischer Staatsangehöriger (Jg. 1971), ersuchte am 31. März 2015 um eine Aufenthaltsbewilligung zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit. Am 14. April 2015 erliess das Amt für Wirtschaft (AWI; damals Berner Wirtschaft beco) einen positiven arbeitsmarktlichen Vorentscheid (vorerst für eine Kurzaufenthaltsbewilligung) und unterbreitete diesen dem Staatssekretariat für Migration (SEM) zur Zustimmung. Mit Verfügung vom 21. Oktober 2015 stimmte das SEM für die Dauer von maximal zwölf Monaten zu und knüpfte die Bewilligungsverlängerung an die Bedingung, dass anhand eines Geschäftsberichts insbesondere nachgewiesen werden kann, dass die im Businessplan aufgeführten Ziele in Bezug auf Umsatz, Gewinn, Schaffung von Arbeitsplätzen für inländische Arbeitnehmende etc. erreicht wurden. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

Nach erstmaliger, nicht zustimmungspflichtiger Verlängerung des Aufenthaltstitels ersuchte A._____ am 5. Oktober 2017 um eine weitere Verlängerung der bis zum 23. November 2017 gültigen Kurzaufenthaltsbewilligung. Das AWI prüfte diese Eingabe im Rahmen des arbeitsmarktlichen Vorentscheidverfahrens als Gesuch um Umwandlung der bestehenden Kurzaufenthaltsbewilligung in eine Aufenthaltsbewilligung und beurteilte das Gesuch am 25. Januar 2018 in arbeitsmarktlicher Sicht positiv. Das SEM verweigerte mit Verfügung vom 18. Juni 2018 die Zustimmung zu diesem arbeitsmarktlichen Vorentscheid mit der Begründung, es fehle an einem gesamtwirtschaftlichen Interesse; A._____ habe die für die Bewilligungsverlängerung gemäss seiner Verfügung vom 21. Oktober 2015 notwendigen Bedingungen nicht annähernd erfüllt.

Gegen die ablehnende Verfügung des SEM vom 18. Juni 2018 erhob A._____ am 17. August 2018 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Dieses wies die Beschwerde mit Urteil vom 27. Januar 2021 rechtskräftig ab (BVGer F-4755/2018).

B.

A. _____ unternahm in der Folge erneut Bemühungen um Erhalt eines Aufenthaltstitels zwecks selbständiger Erwerbstätigkeit. Im neuerlichen Vorentscheidungsverfahren vor dem AWI teilte er unter Beilage verschiedener Dokumente mit, dass er mit einem neuen Start gemäss dem überarbeiteten Businessplan den Key Holder Service (Bewirtschaftung von Ferienwohnungen) weiter ausbauen und ein Spezialitätenrestaurant eröffnen wolle. Das AWI beurteilte das Gesuch in arbeitsmarktlicher Hinsicht mit Entscheid vom 3. Oktober 2022 abschlägig.

C.

Dagegen erhob A. _____ am 27. Oktober 2022 Beschwerde bei der Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion des Kantons Bern (WEU). Er beantragte die Aufhebung der Verfügung des AWI und die Gutheissung seines Gesuchs um «Umwandlung der Kurzaufenthaltsbewilligung in eine Aufenthaltsbewilligung». Mit Entscheid vom 5. Juli 2023 wies die WEU die Beschwerde ab, soweit sie darauf eintrat.

D.

Gegen diesen Entscheid hat A. _____ am 27. Juli 2023 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Er beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die «Umwandlung [s]einer Kurzaufenthaltsbewilligung (L) in eine Aufenthaltsbewilligung (B)».

Die WEU beantragt mit Beschwerdevernehmlassung vom 5. September 2023 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. A. _____ hat mit Eingabe vom 22. September 2023 repliziert.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig. Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist unter dem Vorbehalt von E. 1.2 hiernach einzutreten.

1.2 Streitgegenstand bildet der angefochtene Entscheid, mit dem die WEU den negativen arbeitsmarktlichen Vorentscheid des AWI bestätigt hat. Zu Recht blieb in der Beschwerde und der Replik unbestritten, dass die Verfügung bzw. der angefochtene Entscheid die Neuerteilung eines Aufenthaltstitels zwecks selbständiger Erwerbstätigkeit betrifft, nicht die Umwandlung (vgl. vorne Bst. D). Insoweit ist die WEU auf die Beschwerde nicht eingetreten (vgl. angefochtener Entscheid E. 1.3). Weiter hat der Beschwerdeführer nicht substantiiert bestritten bzw. anerkennt er in seiner Replik (S. 1), dass sich der strittige Vorentscheid auf die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung (nicht einer Aufenthaltsbewilligung) bezieht (vgl. dazu angefochtener Entscheid E. 1.3 und 1.4). Soweit mit Beschwerde eine Aufenthaltsbewilligung beantragt ist, ist mangels Begründung darauf nicht einzutreten.

1.3 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

2.

Im Streit liegt der arbeitsmarktliche Vorentscheid für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zwecks selbständiger Erwerbstätigkeit.

2.1 Als indischer Staatsangehöriger untersteht der Beschwerdeführer weder dem Freizügigkeitsabkommen (FZA, SR 0.142.112.681), noch dem Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation EFTA (EFTA-Übereinkommen, SR 0.632.31). Seine Zulassung zur selbständigen Erwerbstätigkeit als sogenannter Drittstaatsangehöriger richtet sich daher nach dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20) und dessen Ausführungsverordnungen, namentlich der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) und der Verordnung des EJPD vom 13. August 2015 über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide (ZV-EJPD; SR 142.201.1).

2.2 Vor der Erteilung einer Aufenthalts- oder Kurzaufenthaltsbewilligung zur Erwerbstätigkeit hat die kantonale Behörde in Form eines arbeitsmarktlichen Vorentscheids über das Vorliegen der Voraussetzungen zur Ausübung einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit nach Art. 18-25 AIG zu befinden (Art. 40 Abs. 2 AIG; Art. 83 Abs. 1 Bst. a VZAE). Dieser Vorentscheid ist dem SEM zur Zustimmung zu unterbreiten (Art. 85 Abs. 1 und 2 VZAE i.V.m. Art. 1 Bst. a Ziff. 1 ZV-EJPD). Sind die Zulassungsvoraussetzungen nicht erfüllt oder steht der Bewilligungserteilung ein Widerrufsgrund nach Art. 62 AIG entgegen, wird die Zustimmung verweigert (Art. 86 Abs. 2 Bst. a VZAE). Zu den Widerrufsgründen zählt namentlich die Nichterfüllung von mit der Bewilligung verbundenen Bedingungen (Art. 62 Abs. 1 Bst. d AIG).

2.3 Ausländerinnen und Ausländer können gemäss Art. 19 AIG zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit zugelassen werden, wenn dies dem gesamtwirtschaftlichen Interesse entspricht (Bst. a), die dafür notwendigen finanziellen und betrieblichen Voraussetzungen erfüllt werden (Bst. b), eine ausreichende, eigenständige Existenzgrundlage vorhanden ist (Bst. c)

und die Voraussetzungen nach den Artikeln 20 und 23-25 AIG erfüllt sind (Bst. d). Dazu gehören, soweit hier interessierend, die Wahrung der Höchstzahlen (Art. 20 AIG), das Vorliegen bestimmter persönlicher Voraussetzungen bei der ausländischen Person, um deren Zulassung es geht (Art. 23 AIG), und das Verfügen über eine bedarfsgerechte Wohnung (Art. 24 AIG). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, ein Rechtsanspruch auf die Bewilligung besteht nicht (vgl. Marco Weiss, *Ausländische Personen als selbständig Erwerbende*, in Uebersax et al. [Hrsg.], *Ausländerrecht*, 3. Aufl. 2022, N. 27.50).

3.

Umstritten ist, ob die Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers im gesamtwirtschaftlichen Interesse liegt.

3.1 Der Beschwerdeführer bringt vor, dass er mit seinem exklusiven Angebot (Rundum-Angebot mit Unterkunft, «Spezialitätenrestaurant», Catering und touristischen Beratungen) in der Tourismusbranche mit vielen indischen Gästen eine «zusätzliche Wertschöpfung» erzielen könne (Beschwerde S. 3; vgl. auch Replik). Wie «wichtig und bedeutungsvoll» dieses Angebot sei, zeigten die täglichen Anrufe von indischen Reiseagenten, die sein Angebot vermarkten und buchen wollten (vgl. Beschwerde S. 2 mit einer Liste von Reiseveranstaltern). Im Übrigen habe er in den vergangenen Jahren auch die finanziellen und betrieblichen Voraussetzungen erarbeitet. Zusätzliche finanzielle Mittel mache er sich durch den Verkauf seiner Liegenschaften in Indien verfügbar (vgl. Beschwerde S. 3).

3.2 Beim Tatbestandselement «gesamtwirtschaftliches Interesse» handelt es sich um einen unbestimmten Gesetzesbegriff. Die Auslegung und Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen betreffen eine Rechtsfrage, die das Verwaltungsgericht grundsätzlich mit freier Kognition überprüft (Art. 80 Bst. a und b VRPG; Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], *Kommentar zum bernischen VRPG*, 2. Aufl. 2020, Art. 66 N. 6, 44, Art. 80 N. 4). Der in Art. 19 Bst. a AIG verwendete Begriff des gesamtwirtschaftlichen Interesses soll allerdings bei der Umsetzung des gesetzgeberischen Normprogramms den

ökonomischen Sachverstand einer spezialisierten Verwaltungsbehörde dienstbar machen und gleichzeitig die notwendige Flexibilität angesichts der sich rasch wandelnden Verhältnisse sicherstellen. Der Behörde ist daher ein relativ erheblicher Beurteilungsspielraum zuzugestehen, in den das Gericht nicht eingreift, solange die Behörde Verfassungs- und Gesetzesrecht beachtet hat und sich von sachlichen Überlegungen hat leiten lassen (vgl. im interessierenden Kontext Urteile BVGer F-4755/2018 vom 27.1.2021 E. 6.1, F-4053/2017 vom 2.5.2019 E. 8.1, F-3384/2017 vom 20.12.2018 E. 6.1; Stefan Schlegel, in Handkommentar AIG, 2. Aufl. 2024, Art. 19 AIG N. 14; allgemein Ruth Herzog, a.a.O., Art. 66 N. 18, 44 f., Art. 80 N. 13 ff., 20 mit Hinweisen; insb. zum Sachverständigenermessen Benjamin Schindler, *Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, 2010, Rz. 451 ff., 453 und 454).

3.3 Damit eine Erwerbstätigkeit im gesamtwirtschaftlichen Interesse liegt, muss gemäss den Weisungen des SEM der Nachweis nachhaltig positiver Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt Schweiz erbracht werden. Von einem nachhaltigen Nutzen für den Arbeitsmarkt Schweiz kann gesprochen werden, wenn das (neue) Unternehmen zur branchenspezifischen Diversifikation der regionalen Wirtschaft beiträgt, mehrere Arbeitsplätze für Einheimische erhält oder schafft, erhebliche Investitionen tätigt und neue Aufträge für die Schweizer Wirtschaft generiert (Ziff. 4.7.2.1 der Weisungen des SEM im Ausländerbereich, online abrufbar unter: < www.sem.admin.ch > Publikation & Service > Weisungen und Kreisschreiben > I. Ausländerbereich > 4 Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit, m.H., letztmals aufgerufen am 20.2.2025; zum Stellenwert der Weisungen des SEM im Ausländerbereich für das Verwaltungsgericht BVR 2021 S. 463 E. 6.1; vgl. auch BVGer F-6434/2017 vom 3.6.2019 mit Hinweis auf BVGE 2011/1 E. 6.4).

3.4 Das AWI und die WEU haben das gesamtwirtschaftliche Interesse (Art. 19 Bst. a AIG) verneint. Zur Begründung haben sie namentlich ausgeführt, dass im zu beurteilenden Fall effektive Geschäftszahlen (und nicht nur Prognosen) vorliegen. Diese Zahlen (Geschäftszahlen sowie Mehrwertsteuerabrechnung) würden zeigen, dass in Bezug auf Umsatz und die Schaffung von Arbeitsplätzen die vom Beschwerdeführer im Jahr 2015 mit dem grundsätzlich gleichen Geschäftsmodell eigens gesetzten Ziele bei weitem

nicht erreicht wurden (vgl. angefochtener Entscheid E. 4; vgl. auch vorne Bst. A).

3.4.1 Der Beschwerdeführer argumentiert pauschal, er habe die Umsatzzahlen aufgrund überhöhter Mietzinse, des noch nicht behandelten Antrags auf Erhalt einer Aufenthaltsbewilligung für seine Ehefrau (Chef de Cuisine) sowie infolge der Corona-Pandemie nicht erreichen können (Beschwerde S. 1). – Diese (pauschale) Behauptung vermag die vorinstanzliche Einschätzung nicht in Frage zu stellen: Die Vorinstanzen haben die vom Beschwerdeführer eingereichten Dokumente zu den Geschäftszahlen analysiert und festgestellt, dass der von ihm angestrebte Umsatz weder für die Jahre 2015 und 2016 noch für das Jahr 2022 erreicht werden konnte (für die anderen Jahre lagen den Behörden keine Businesspläne vor). Auch während der Rechtshängigkeit des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht (August 2018 bis Januar 2021) konnten die Umsatzzahlen nicht verbessert werden. Bereits im Jahr 2019 sanken die erzielten Umsätze wieder, während der Corona-Krise noch viel deutlicher, und der Beschwerdeführer erzielte keinen nennenswerten Umsatz mehr. Im Folgejahr 2021 erwirtschaftete der Beschwerdeführer sodann immerhin einen kleinen Umsatz (vgl. die Zusammenstellung im angefochtenen Entscheid E. 4.3). Auch wies er in diesem Jahr buchhalterisch erstmals einen Gewinn aus, wobei dieser tief ausfiel und offenbar hauptsächlich aufgrund ausserordentlicher, betriebsfremder Erträge zustande gekommen ist (vgl. angefochtener Entscheid E. 4.6).

3.4.2 Weiter stellte die Vorinstanz zutreffend fest, dass der im Businessplan gelistete Personalaufwand für die Jahre 2023 und 2024 knapp zwei Vollzeitstellen im gastronomischen Bereich entspreche, wobei gestützt auf die eingereichten Unterlagen davon auszugehen sei, dass diese Stellen (zumindest in den nächsten Jahren) durch Familienmitglieder besetzt würden und es nicht realistisch sei, dass der Beschwerdeführer mit seiner skizzierten Umsatzentwicklung in Zukunft einheimisches Personal beschäftigen könne. Er vermöge daher den Nachweis nachhaltig positiver Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt Schweiz nicht zu erbringen (vgl. angefochtener Entscheid E. 4.7 mit Hinweis). Der Beschwerdeführer hat sich hierzu im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht geäußert. Angesichts dessen und mit Blick auf seine Erklärung, warum er die angestrebten Umsatzzahlen nicht erreicht

habe (vgl. E. 3.4.1 hiervor), muss davon ausgegangen werden, dass keine weiteren Arbeitsplätze in der Schweiz geschaffen werden. Den Vorinstanzen ist daher beizupflichten, dass der Beschwerdeführer den Nachweis nachhaltig positiver Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt Schweiz nicht erbringen kann.

3.5 Zusammenfassend hat die Vorinstanz ihren Entscheid anhand sachlicher Kriterien begründet. Die Verneinung des gesamtwirtschaftlichen Interesses erscheint – insbesondere auch im Hinblick auf den erheblichen Beurteilungsspielraum, den sie als spezialisierte Verwaltungs(justiz)behörde genießt (vgl. vorne E. 3.2) – gerechtfertigt und ist nicht zu beanstanden.

Da das gesamtwirtschaftliche Interesse verneint wird, kann offengelassen werden, ob der Beschwerdeführer über eine ausreichende eigenständige Existenzgrundlage (Art. 19 Bst. c AIG) verfügt (vgl. Beschwerde S. 3 und Replik S. 3), da für eine Zulassung die Voraussetzungen nach Art. 19 AIG kumulativ erfüllt sein müssen (vgl. vorne E. 2.3).

4.

4.1 Der angefochtene Entscheid hält damit der Rechtskontrolle stand. Die Beschwerde erweist sich als offensichtlich unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist (vgl. vorne E. 1.2). Das Verwaltungsgericht beurteilt solche Rechtsmittel in Zweierbesetzung (Art. 56 Abs. 3 des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

4.2 Bei diesem Verfahrensausgang wird der unterliegende Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 VRPG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 2'000.--, werden dem Beschwerdeführer auferlegt und dem geleisteten Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag von Fr. 1'500.-- wird dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - Beschwerdeführer
 - Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion des Kantons Bern
 - Staatssekretariat für Migrationund mitzuteilen:
 - Amt für Bevölkerungsdienste des Kantons Bern, Migrationsdienst

Das präsidierende Mitglied:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 39 ff. und 113 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.