



---

Abteilung III  
C-388/2010 und C-391/2010

## **Urteil vom 21. Februar 2012**

---

Besetzung

Richterin Ruth Beutler (Vorsitz),  
Richter Antonio Imoberdorf, Richter Blaise Vuille,  
Gerichtsschreiberin Barbara Giemsa-Haake.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Reto Marbacher,  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

---

Gegenstand

Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid.

**Sachverhalt:****A.**

A.\_\_\_\_\_, Inhaberin des Einzelunternehmens (...), betreibt in Luzern ein indisches Spezialitätenrestaurant. Im November 2007 bemühte sie sich erstmals darum, B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ – beide aus Indien stammend – als Köche anstellen zu dürfen, und ersuchte für beide um entsprechende Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen. Formlos verweigerte das BFM den von der kantonalen Arbeitsmarktbehörde befürworteten Gesuchen die Zustimmung, da es die berufliche Qualifikation beider Personen für nicht genügend erachtete. Die im März 2008 von A.\_\_\_\_\_ erneuerten Gesuche lehnte das BFM ebenfalls formlos ab, wies die Gesuchstellerin aber mit Schreiben vom 20. März 2008 darauf hin, dass aufgrund einer anderen rechtlichen Grundlage Drittstaatsangehörige als gastgewerbliche Praktikanten zugelassen werden könnten. Aufgrund dessen ersuchte A.\_\_\_\_\_ via Schweizer Hotelier-Verband (hotelleriesuisse) die kantonale Behörde am 9. Juni 2008 darum, die beiden Stellenbewerber als gastgewerbliche Praktikanten zwecks Weiterbildung zuzulassen. Der Kanton entsprach beiden Gesuchen mit Vorentscheid vom 16. Juni 2008, jeweils gestützt auf Art. 32 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) und Art. 19 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). Zu beiden Bewilligungen, gültig vom 1. August 2008 bis 31. Juli 2009, erteilte das BFM seine Zustimmung und wies in den entsprechenden Verfügungen vom 2. Juli 2008 daraufhin, dass diese Bewilligungen nicht verlängerbar seien.

**B.**

Ende August 2009 beantragte A.\_\_\_\_\_ beim Amt für Migration des Kantons Luzern (AMIGRA) erneut die Erteilung von Kurzaufenthaltsbewilligungen für B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_, die sie nun nicht mehr als Praktikanten, sondern als Spezialitätenköche anstellen wollte. Die kantonale Behörde befürwortete auch diese Gesuche und unterbreitete dem BFM am 9. Oktober 2009 ihre arbeitsmarktlichen Vorentscheide. Das BFM verweigerte zunächst formlos, dann jeweils mit Verfügung vom 22. Dezember 2009 seine Zustimmung und begründete dies in beiden Fällen vor allem damit, dass mangels hinreichender Ausbildung und Berufserfahrung die persönlichen Voraussetzungen für die Ausübung der beabsichtigten Erwerbstätigkeit fehlten. Beide Bewerber hätten in Indien eine Hotelfachschulausbildung absolviert; eine

solche Ausbildung decke jedoch ein wesentlich breiteres Spektrum ab als eine spezifische Ausbildung zum Koch.

### C.

Gegen diese Verfügungen erhob A.\_\_\_\_\_ durch ihren Rechtsvertreter am 21. Januar 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die beiden Verfügungen vom 22. Dezember 2009 seien aufzuheben; gleichzeitig seien B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ die beantragten Kurzaufenthaltsbewilligungen zu erteilen. Eventualiter seien beide Verfahren zur Sachverhaltsergänzung und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin macht geltend, in ihrem Unternehmen sei sie auf die beiden Köche, für welche um Bewilligung ersucht werde, angewiesen. Der Restaurantbetrieb sei darauf ausgerichtet, anspruchsvolle Gäste und – bei Spezialereignissen und Cateringangelegenheiten – auch Touristengruppen aus Indien zu betreuen. Hier habe man eine Marktlücke gefunden und den Umsatz dank des Einsatzes der beiden Köche erheblich steigern können. Diese belegten in der Küche ihres Betriebs zwei der insgesamt sechs Kochstellen; zusätzlich zur Küchenarbeit hätten sie jedoch verantwortungsvollere Aufgaben, insbesondere im Bereich des Caterings und bei der Stellvertretung des Küchenchefs. Gleichermassen qualifizierte und engagierte Teammitglieder habe sie, die Beschwerdeführerin, bei der Suche nach indischen Spezialitätenköchen im europäischen Raum nicht finden können.

Sowohl B.\_\_\_\_\_ als auch C.\_\_\_\_\_ hätten in ihrem Heimatland primär eine Ausbildung in der indischen Küche mit Spezialisierung im Catering absolviert; die Ausbildung im Hotelfachbetrieb sei zusätzlich und ergänzend erfolgt. Die gesamte Ausbildung sei typisch für höher qualifizierte indische Köche und entspreche den gemäss Art. 23 AuG an eine Spezialausbildung gestellten Anforderungen. Eine Kochlehre, ähnlich jener in der Schweiz, gebe es in Indien nicht. Dort existierten ein erheblich anderes Schul- und Berufsbildungssystem, aber auch andere Esstraditionen, weshalb im vorliegenden Fall nicht die in der Schweiz geltenden Massstäbe angelegt werden dürften. Entgegen der Meinung der Vorinstanz entsprächen die Qualifikationen der beiden Bewerber auch nicht denen einer hiesigen Hotelfachschule, sondern gingen im Bereich der Kochausbildung sogar über die Anforderungen einer schweizerischen Kochlehre hinaus, nicht zuletzt auch deshalb, weil die Arbeitszeiten pro Tag und Woche weitaus höher seien. Zudem hätten B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ während ihrer einjährigen Anstellung als

Praktikanten zusätzliche Erfahrungen sammeln können. Schliesslich sei zu berücksichtigen, dass der Betrieb (...) in den Jahren 2000 und 2010 für andere Köche problemlos Bewilligungen erhalten habe, obwohl deren Qualifikationen nicht die der beiden Bewerber überträfen. Mit der unterschiedlichen Behandlung der Gesuche habe die Vorinstanz das Gleichheitsgebot verletzt. Deren fehlende Auseinandersetzung mit den Fakten und den Vorbringen der Beschwerdeführerin bedeute darüber hinaus eine Verletzung des Willkürverbots und des Anspruchs auf rechtliches Gehör.

#### **D.**

In ihren Vernehmlassungen vom 23. März 2010 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie macht geltend, die Beschwerdeführerin habe nach Ablauf der für 12 Monate bewilligten Praktika um Verlängerung der beiden Kurzaufenthaltsbewilligungen ersucht, wohlwissend, dass der Wortlaut der Verfügungen vom 2. Juli 2008 diese Möglichkeit ausschliesse. Für B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ könne auch jetzt keine Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid erteilt werden, denn – abgesehen von den generellen Zulassungsvoraussetzungen für den schweizerischen Arbeitsmarkt (Art. 18, 20 – 22 AuG) verfügten beide nicht über die gemäss Art. 23 Abs. 1 AuG erforderliche Spezialisierung als Koch. Dies sei bereits im Vorfeld der für sie als gastgewerbliche Praktikanten erteilten Bewilligungen festgestellt worden.

Die Qualifikationsbedingungen für Spezialitätenköche würden in den Weisungen zum AuG näher definiert. Hierzu gehörten prinzipiell eine abgeschlossene mehrjährige Ausbildung mit Diplom und eine mehrjährige Berufserfahrung in der entsprechenden Spezialitätenküche (mindestens 7 Jahre inkl. Ausbildungszeit). Die Qualifikationsprofile beider Bewerber zeigten jedoch, dass der Schwerpunkt ihrer Ausbildung und Berufserfahrung nicht im Bereich des Kochens – wofür in Indien eine äquivalente Ausbildung existiere – liege. B.\_\_\_\_\_ habe während seiner Hotelfachausbildung 12 Kurse belegt, von denen nur 3 direkt bzw. indirekt mit der Zubereitung von Speisen zu tun gehabt hätten. C.\_\_\_\_\_ habe insgesamt 22 Kurse, 6 davon mit Bezug zur Speisenzubereitung, absolviert. Auch nach der Hotelfachausbildung hätten beide keine hinreichende Erfahrung in der Spezialitätenküche sammeln können. Die von der Beschwerdeführerin behauptete bessere Qualifizierung der beiden Hotelschulabsolventen spiele für die Zulassung im Gastgewerbe keine Rolle, denn auf deren Fähigkeiten im Bereich der

Organisation von Spezialevents und des Caterings komme es im Rahmen von Art. 23 AuG nicht an. Ihre fachlichen Kenntnisse in der Spezialitätenküche entsprächen auch nicht denjenigen zweier anderer Mitarbeiter, auf welche sich die Beschwerdeführerin zum Vergleich berufe. Diese Mitarbeiter sowie der seit dem Jahr 2000 beschäftigte Chefkoch hätten ihre arbeitsmarklichen Bewilligungen zudem unter anderen rechtlichen Voraussetzungen erhalten. Im Übrigen lasse die Lohnstruktur im Betrieb der Beschwerdeführerin nicht erkennen, dass B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ besser qualifiziert seien als die vier anderen dem Küchenchef unterstellten Köche.

Abschliessend komme hinzu, dass erstmalige Bewilligungen für Spezialitätenköche nur als Kurzaufenthaltsbewilligungen nach Art. 19 Abs. 1 VZAE erfolgen könnten. Nach Ablauf einer 12-monatigen Kurzaufenthaltsbewilligung – in deren Genuss die beiden Bewerber bereits gelangt seien – komme in Anlehnung an Art. 56 VZAE nur die Erteilung bzw. Umwandlung in eine Aufenthaltsbewilligung nach Art. 20 VZAE in Frage. Die hierfür in Art. 23 Abs. 2 AuG genannten Voraussetzungen, beispielsweise Kenntnisse einer Landessprache, seien bei B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ jedoch nicht vorhanden.

#### **E.**

In ihrer Replik vom 28. April 2010 hält die Beschwerdeführerin an ihren zuvor geäusserten Überzeugungen fest. B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ erfüllten auf jeden Fall die in Art. 23 AuG genannten Voraussetzungen, um zum hiesigen Arbeitsmarkt zugelassen zu werden. Im Gastgewerbe dürfe sich die Zulassung nicht nur auf die beiden Personengruppen der gastgewerblichen Praktikanten und der Spezialitätenköche beschränken; die vom BFM erlassenen Weisungen zum Ausländergesetz seien diesbezüglich weder genügend differenziert noch aktuell. Im Tourismussektor bestehe ein nachweisbares Bedürfnis an Cateringspezialisten; diesem Umstand müsse Rechnung getragen werden, wenn es um die Interpretation der in Art. 23 Abs. 1 AuG verwendeten Begriffe *Spezialisten* bzw. *andere qualifizierte Arbeitskräfte* gehe. Im vorliegenden Fall hätten beide Bewerber sowohl eine Catering- wie auch eine Kochausbildung. Letztere sei besser und umfangreicher gewesen als die eines anderen Mitarbeiters, der trotzdem eine arbeitsmarktliche Zulassung als Spezialitätenkoch erhalten habe.

**F.**

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

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

Angesichts des engen persönlichen und sachlichen Zusammenhangs sind die Beschwerdeverfahren C-388/2010 und C-391/2010 zu vereinigen.

**2.**

**2.1.** 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]).

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

**2.3.** Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügungen zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 – 52 VwVG).

**3.**

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 – sofern 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. BVGE 2011/1 E. 2, BVGE 2007/41 E. 2).

#### 4.

In formeller Hinsicht wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz vor, sich nicht mit ihren Vorbringen auseinandergesetzt und damit ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt zu haben. Angesichts des Inhalts der vorinstanzlichen Akten rechtfertigt sich dieser Vorwurf jedoch nicht. Die Beschwerdeführerin hat mit den beteiligten Behörden eine ausgiebige Korrespondenz geführt und sich darum bemüht, verschiedene Personen des (politischen) öffentlichen Lebens in den Entscheidungsprozess der Vorinstanz zu involvieren. Das BFM hat sich mit Schreiben vom 17. November 2009 abschliessend zu den Argumenten der Beschwerdeführerin geäussert und dort sowie in den nachfolgenden Verfügungen vom 22. Dezember 2009 die aus seiner Sicht wesentlichen Punkte für den ablehnenden Entscheid erläutert. Dem rechtlichen Gehör der Beschwerdeführerin wurde damit Genüge getan; der Gehörsanspruch bedeutet nicht, dass die Behörde die rechtlichen Ausführungen einer Partei berücksichtigen muss (vgl. BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 30 N 25).

#### 5.

Als indische Staatsangehörige unterstehen B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ weder dem Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen bzw. FZA, 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). Ihre Zulassung zum schweizerischen Arbeitsmarkt als sogenannte Drittstaatsangehörige richtet sich deshalb nach dem Ausländergesetz und dessen Ausführungsverordnungen, insbesondere der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit.

#### 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. Das entsprechende arbeitsmarktliche Verfahren wird in Art. 83 – 86 VZAE geregelt.

**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). Das BFM kann die Zustimmung aus den in Art. 86 Abs. 2 VZAE genannten Gründen verweigern; es ist aufgrund eigener originärer Sachentscheidungskompetenz nicht an die Beurteilung durch die kantonalen Behörden gebunden (vgl. BGE 127 II 49 E. 3a S. 51 f. und BGE 120 Ib 6 E. 3 S. 11 f.).

**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).

**6.3.1.** Art. 21 AuG räumt inländischen Arbeitskräften und solchen aus dem EU/EFTA-Raum den Vorrang ein. Demzufolge können Drittstaatsangehörige nur dann zum schweizerischen Arbeitsmarkt zugelassen werden, wenn nachgewiesenermassen keine geeigneten Erwerbstätigen aus der Schweiz oder einem EU/EFTA-Staat, mit welchem ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde, gefunden werden können (Art. 21 Abs. 1 AuG). Für Ausländerinnen und Ausländer mit Schweizer Hochschulabschluss gilt eine spezielle Regelung (Art. 21 Abs. 3 AuG). Zudem müssen die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden (Art. 22 AuG).

**6.3.2.** Ob der gewünschte ausländische Arbeitnehmer auch die persönlichen Voraussetzungen gemäss Art. 23 AuG erfüllt, ist Kernfrage für die arbeitsmarktliche Zulassung. So können Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligungen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nur *Führungskräften, Spezialistinnen und Spezialisten und anderen qualifizierten Arbeitskräften* erteilt werden (Art. 23 Abs. 1 AuG). Bei der Erteilung von (auf Dauer angelegten) Aufenthaltsbewilligungen müssen zusätzliche Kriterien erfüllt sein, die eine nachhaltige Integration in den

schweizerischen Arbeitsmarkt und das gesellschaftliche Umfeld erwarten lassen (vgl. Art. 23 Abs. 2 AuG). Gemäss Art. 23 Abs. 3 AuG kann von den in Abs. 1 und 2 genannten Erfordernissen abgewichen werden; eine solche Privilegierung erfolgt, wenn aus einem besonderen öffentlichen Interesse heraus bestimmten Personenkategorien die Berufsausübung in der Schweiz ermöglicht werden soll.

**6.4.** Geht es um die Erneuerung von Kurzaufenthaltsbewilligungen, so erfordert Art. 56 Abs. 1 VZAE grundsätzlich einen vorherigen einjährigen Unterbruch. Für bestimmte Arten von Kurzaufenthalten – unter anderem solchen zur Weiterbildung – ist prinzipiell keine Verlängerungsmöglichkeit vorgesehen (Art. 56 Abs. 3 VZAE); bei ihnen wird davon ausgegangen, dass der Aufenthaltswitz im Rahmen der zeitlich befristeten Bewilligung erreicht wird (vgl. Weisungen des BFM zum Ausländerbereich, Stand 30. September 2011, Ziffern 4.5.2.2 und 4.7.9.2.1, online unter: [www.bfm.admin.ch](http://www.bfm.admin.ch) > Dokumentation > Rechtliche Grundlagen > Weisungen und Kreisschreiben > I. Ausländerbereich > 4. Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit [nachfolgend: *Weisungen*]).

## 7.

Im vorliegenden Fall hat die kantonale Behörde die Ende August 2009 eingereichten Gesuche für B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ befürwortet und die arbeitsmarktlichen Vorentscheide dem BFM zur Zustimmung unterbreitet. Beide Personen hatten im Vormonat ihr gastgewerbliches Praktikum beendet, und die ihnen zu diesem Zweck erteilten Kurzaufenthaltsbewilligungen (Art. 30 Abs. 1 Bst. g AuG, Art. 42 VZAE) waren abgelaufen. Schon angesichts des erfüllten Aufenthaltswitzs, aber auch angesichts des fehlenden zeitlichen Unterbruchs war die Möglichkeit der Erneuerung ihrer Bewilligungen fraglich (Art. 56 Abs. 1 und 3 VZAE). Dies sowie die Frage, ob die Beschwerdeführerin im Inland bzw. EU-/EFTA-Raum ausreichende Suchbemühungen nach geeigneten Arbeitskräften unternommen hat, kann jedoch angesichts der nachfolgenden Erwägungen dahingestellt bleiben.

## 8.

Die Vorinstanz hat sich insbesondere damit auseinandergesetzt, ob B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ die für die Zulassung zum schweizerischen Arbeitsmarkt erforderlichen persönlichen Voraussetzungen erfüllen. Hierfür ist entscheidend, ob die beiden Bewerber als *Spezialisten* bzw. *andere qualifizierte Arbeitskräfte* im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AuG betrachtet werden können. Eine gesetzliche Definition dieser Begriffe

existiert nicht. Je nach Berufsfeld werden – teils kumulativ – unterschiedliche Ausbildungen und Bildungsabschlüsse, zusätzliche mehrjährige Berufserfahrung oder ausserordentliche Spezialkenntnisse verlangt (vgl. LISA OTT in: Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Art. 23 N 6). Die *Weisungen* des BFM stellen an Spezialitätenköchinnen und -köche die Anforderung, dass sie eine abgeschlossene mehrjährige Ausbildung mit Diplom (oder anerkannt gleichwertige Ausbildung) und mehrjährige Berufserfahrung in der entsprechenden Spezialitätenküche (mindestens 7 Jahre inkl. Ausbildungszeit) nachweisen müssen; ausdrücklich wird festgehalten, dass der Abschluss einer Hotelfachschule nicht als Kochausbildung gilt (Ziffer 4.7.9.1.2 der *Weisungen*).

**8.1.** Nachweislich haben B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_, jeweils im Zeitraum 2002 bis 2005, eine Ausbildung an einer Hotelfachschule in Indien absolviert und diese mit einem *Hospitality Management Diploma* bzw. mit einem *Degree of Bachelor of Science in Hotel and Catering Management* abgeschlossen.

**8.1.1.** B.\_\_\_\_\_ hat diesbezüglich mit der Beschwerde eine Bescheinigung der *Canan School of Catering & Hotel Management* vom 31. Oktober 2009 vorgelegt, welche ihm eine Spezialisierung im Bereich *Theory and Practicals in Food Production and F and B Service* attestiert. Von ihm mit eingereicht wurden drei Kursbestätigungen über *Food Production Principles, Food and Beverage Management* sowie *Food and Beverage Services*. Zur Dauer dieser Kurse gibt es keine Angaben, wohl aber hat die Vorinstanz unter Bezugnahme auf weitere, ihr bereits vorliegenden Belege präzisiert, dass neun weitere Kurse – diese ohne jeglichen Bezug zur Speisenzubereitung – zur Hotelfachausbildung von B.\_\_\_\_\_ gehörten (vgl. Seite 3 der Vernehmlassung sowie Seite 58 der Vorakten). Im Übrigen kann einem Lebenslauf von B.\_\_\_\_\_ entnommen werden, dass er innerhalb des beschriebenen Zeitraums, nämlich von 2003 bis 2004, eine Zusatzausbildung für Personalführung absolvierte (vgl. S. 55 der Vorakten).

**8.1.2.** C.\_\_\_\_\_ hat seine Ausbildung am *Jaya College of Arts & Science* abgeschlossen. Er hat sich – der Bestätigung des Colleges vom 31. Oktober 2009 zufolge – auf *Food Production (cooking) and Food and Beverage Services* spezialisiert. Separate Bescheinigungen hierzu wurden nicht eingereicht. Die Vorinstanz hat unter Bezugnahme auf

vorhergehend eingereichte Unterlagen ausgeführt, dass dessen mit einem Bachelor abgeschlossene Berufsausbildung 22 Kurse beinhaltet habe, wovon nur sechs Kurse einen direkten oder indirekten Bezug zum Kochen gehabt hätten: *Food Production and Patisserie Practical, Paper Food Production and Patisserie, Food and Beverage Service Practical, Paper Food and Beverage Service, Paper Nutrition and Food Science, Paper Food Beverage Management* (vgl. Seite 3 der Vernehmlassung sowie Seiten 98 – 102 der Vorakten).

**8.2.** Die eingereichten Nachweise sowie die Ausführungen der Vorinstanz zum jeweils obligaten Ausbildungskanon der beiden Hotelfachschulen zeigen, dass – schon aus praktischen Gründen – überhaupt nur ein geringer Zeitanteil auf den Erwerb von Kochkenntnissen im eigentlichen Sinne (Food Production) entfallen konnte. In beiden Fällen betraf die dreijährige Ausbildung überwiegend die Bereiche Service und Management und hatte, was Speisen und Getränke anging, auch dort ihren Schwerpunkt.

**8.3.** Die Beschwerdeführerin hat wiederholt betont, dass ihre Bewerber primär eine Ausbildung in der indischen Küche genossen hätten; beide überträfen bei Weitem die Anforderungen, die in der Schweiz an einen ausgebildeten Koch gestellt würden.

**8.3.1.** Diese Behauptung wird durch die vorhergehenden Erwägungen nicht gestützt. Ihnen zufolge kann die den beiden Bewerbern im Rahmen der dreijährigen Hotelfachausbildung bescheinigte Spezialisierung kaum mehr bedeuten, als dass Grundkenntnisse des Kochens erworben wurden. Angesichts der übrigen – und mit der Essenszubereitung weitestgehend nicht in Zusammenhang stehenden – Unterrichtsfächer ist es nicht nachvollziehbar, wie B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ den einer hiesigen dreijährigen Kochausbildung entsprechenden Standard hätten erreichen können. Die Beschwerdeführerin hat sich mit dem Fächerkanon, den die *Canan School of Catering & Hotel Management* und das *Jaya College of Arts & Science* für ihre Studenten aufgestellt und auf den die Vorinstanz Bezug genommen hat, nicht auseinandergesetzt und nicht einmal präzisiert, wie viel Zeitaufwand die einzelnen Ausbildungseinheiten erforderten. Dass sie demgegenüber behauptet, beide Bewerber hätten mindestens 4'000 Ausbildungsstunden im Bereich Küche und weitere 4'000 Stunden in bezugsnahen Fächern absolviert, und diesen angeblichen Aufwand mit einer mehr als fünfjährigen Kochausbildung in der Schweiz gleichsetzt, erscheint daher völlig aus der

Luft gegriffen. Angesichts dessen spricht nichts für die Annahme, dass B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ im Rahmen ihrer Hotelfachausbildung eine – schweizerischen Kriterien – entsprechende Kochausbildung erhielten.

**8.3.2.** Nach jeweiligem Abschluss der Hotelfachschule waren offensichtlich sowohl B.\_\_\_\_\_ als auch C.\_\_\_\_\_ im Hotel *The Rain Tree* in der indischen Metropole Chennai angestellt. Ersterem wird dort für die Zeit vom 31. Mai 2005 bis zum 4. August 2008 die Funktion eines *Senior Captain* (vgl. Seite 59 der Vorakten), letzterem für die Zeit vom 14. November 2005 bis zum 15. September 2008 die eines *Captain* bescheinigt (vgl. S. 103 der Vorakten). Inhaltlich werden diese Funktionen jedoch nicht beschrieben. Wohl ist einem Lebenslauf von B.\_\_\_\_\_ zu entnehmen, dass er im Hotel *The Rain Tree* im Bereich mehrerer Restaurants eingesetzt wurde, nicht aber, dass ihm dort typische Arbeiten eines Kochs übertragen waren (vgl. Seite 57 der Vorakten). Dafür, dass ihm und seinem Arbeitskollegen C.\_\_\_\_\_ in diesem Hotel relevante Erfahrungen im Kochen vermittelt wurden, gibt es jedenfalls keine Anhaltspunkte.

**8.4.** Festzustellen ist somit, dass beide Bewerber über keine eigentliche Kochausbildung verfügten, als ihnen im Sommer 2008 das erste und einzige Mal Kurzaufenthaltsbewilligungen für ein gastgewerbliches Praktikum bei der Beschwerdeführerin erteilt wurden. Definitiv erfüllen sie damit auch im heutigen Zeitpunkt nicht die laut *Weisungen* des BFM an Spezialitätenköche gestellten Anforderungen.

Dass verwaltungsinterne Weisungen als solche nicht im rechtlichen Sinne verbindlich sind, ist unerheblich angesichts ihrer Funktion als Leitlinien für die Auslegung von Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen. Ohne Not ist von ihnen nicht abzuweichen (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/ LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Basel 2008, S. 81 Rz. 2.173; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-140/2010 vom 24. Januar 2012 E. 6.4 mit Hinweisen). Dies gilt auch im vorliegenden Fall, in dem das BFM die Zulassung von Spezialitätenköchen davon abhängig macht, dass eine abgeschlossene mehrjährige Ausbildung mit Diplom – oder eine anerkannt gleichwertige Ausbildung – sowie eine mehrjährige Berufserfahrung vorliegt.

**8.5.** Da der berufliche Werdegang der beiden Stellenbewerber sowie die hierzu eingereichten Unterlagen zeigen, dass höchstens Grundkenntnisse im Kochen erworben wurden, ist das Vorliegen einer

der Kochausbildung gleichwertigen Ausbildung zwingend zu verneinen. Auf das Beweisangebot der Beschwerdeführerin, eine sogenannte Äquivalenzbestätigung des indischen Arbeitsministeriums einzuholen, braucht daher nicht eingegangen zu werden. Auch soweit sich die Beschwerdeführerin auf eine Auskunft des Schweizerischen Generalkonsuls in Mumbai (Beschwerdebeilage 11 im Verfahren C-391/2010) beruft, lässt sich hieraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Diese Auskunft – es handelt sich um die weitergeleitete Stellungnahme eines Hotelmanagers/Kochs in Mumbai – führt aus: *"Es ist so, in Indien macht ein guter Koch zuerst eine Hotelfachschule. Da wird mindestens ein Semester lang reine Kochkunst unterrichtet. Anschliessend dient sich der angehende Koch hoch, wie ein ausgebildeter Koch in der Schweiz. ..."*. Der hier relevante Aspekt dieser Auskunft – die lediglich 1-semesterige *reine* Ausbildung im Kochen – stellt die vorhergehenden rechtlichen Ausführungen nicht in Frage. Dass der Besuch einer indischen Hotelfachschule für gewisse Berufsanfänger den Grundstein für eine weitergehende Kochausbildung legt, ist davon abgesehen denkbar.

**8.6.** Die Beschwerdeführerin hat im Übrigen die Auffassung vertreten, die Vorinstanz habe das Gleichheitsgebot verletzt, indem sie ohne Weiteres für andere Köche die Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid erteilt, für die jetzigen Bewerber aber verweigert habe, obwohl diese eine höhere Ausbildung in Küche und Gastronomie genossen hätten.

Das Prinzip der Rechtsgleichheit ist in Art. 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankert. Es wirkt einerseits als Gebot der Gleichbehandlung – Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich zu behandeln – , andererseits als Gebot der Differenzierung, wenn es darum geht, bestehenden Ungleichheiten durch rechtlich differenzierte Behandlung Rechnung zu tragen (JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008, S. 654).

Angesichts dessen kann im vorliegenden Fall keine Verletzung des Gleichheitsgebots vorliegen. Es steht ausser Frage, dass die drei von der Beschwerdeführerin namentlich genannten Köche jeweils einen anderen beruflichen Hintergrund besitzen und aufgrund altrechtlicher Bestimmungen zum schweizerischen Arbeitsmarkt zugelassen wurden. Hieraus kann die Beschwerdeführerin nichts für ihre beiden neuen Bewerber ableiten. Sie kann insbesondere nicht verlangen, dass deren

Ausbildungen und Berufserfahrungen mit denen der bereits angestellten Arbeitnehmer verglichen werden; ein derartiges Vorgehen liesse sich nicht auf das Gebot der rechtsgleichen Behandlung abstützen. Ob die damaligen Bewerber die erforderlichen Zulassungsvoraussetzungen erfüllten, wurde bereits in den entsprechenden arbeitsmarktlichen Verfahren überprüft und ist nicht Gegenstand des hier vorliegenden Beschwerdeverfahrens.

## 9.

Dass B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ mit dem Abschluss der Hotelfachschule über eine höherrangige berufliche Qualifizierung verfügen als die bei der Beschwerdeführerin derzeit beschäftigten – von ihr als *einfache* Köche bezeichneten – Arbeitnehmer, wird nicht bezweifelt. Gerade im Hinblick auf deren zusätzliche berufliche Fähigkeiten hat die Beschwerdeführerin hervorgehoben, dass sie diese nicht nur als Köche beschäftigen, sondern bei Spezialevents und Cateringangelegenheiten – vor allem auch in Zusammenarbeit mit Touristikunternehmen – mit verantwortungsvolleren Aufgaben betrauen möchte. Dabei hat sie betont, dass ihre Bewerber gut englisch und mehrere indische Sprachen sprächen, eine Ausbildung im Catering sowie eine gute Allgemeinbildung hätten. Diese Kompetenzen seien erforderlich, um anspruchsvolle asiatische Gäste mit ihren speziellen Esstraditionen und -feinheiten überhaupt zufrieden stellen zu können.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ – auch ohne die an Spezialitätenköche gestellten Anforderungen zu erfüllen – als *Spezialisten* oder *andere qualifizierte Arbeitskräfte* im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AuG zu betrachten sind.

**9.1.** An Spezialisten werden, je nach Berufsfeld, unterschiedliche Anforderungen gestellt. Diese müssen in Bezug auf Ausbildung und beruflichen Werdegang bestimmte Kriterien erfüllen (vgl. E. 8 mit Hinweisen), weshalb das BFM in seinen *Weisungen* für verschiedene Branchen, Berufe und Funktionen Richtlinien aufgestellt hat. Bloss deshalb, weil es in der Schweiz keine auf das von der Beschwerdeführerin geschilderte Anforderungsprofil zugeschnittene spezielle Ausbildung gibt, können B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ jedoch noch nicht als *Spezialisten* im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AuG betrachtet werden.

**9.2.** Als *andere qualifizierte Arbeitskräfte* im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AuG können ausländische Personen zugelassen werden, wenn die von ihnen angebotene Leistung einer Nachfrage entspricht, der nicht durch inländische Arbeitskräfte nachgekommen werden kann (vgl. LISA OTT, a.a.O., Art. 23 N 6). Bei diesen Personen stehen somit Funktion oder Spezialausbildung nicht im Vordergrund. Ihre Zulassung verlangt auch keine *hohe* Qualifizierung (vgl. MARC SPESCHA in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli [Hrsg.], Migrationsrecht, Zürich 2009, Art. 23 AuG N 1). Allerdings soll es für Stellen, die keine Ausbildung erfordern, grundsätzlich keine Zulassung zum Arbeitsmarkt geben. Vermieden werden soll damit eine Anstellung für gewisse Hilfstätigkeiten – beispielsweise in der Landwirtschaft, im Bau-, Gast- oder Reinigungsgewerbe –, bei denen die Betroffenen im Falle späterer Arbeitslosigkeit schlechtere Chancen für die berufliche Wiedereingliederung hätten (vgl. MARC SPESCHA, a.a.O., Art. 23 AuG N 6).

**9.2.1.** Aufgrund der in Indien genossenen Ausbildung und Berufserfahrung können B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_, wie bereits gesagt, eine berufliche Qualifikation auf gehobenem Niveau vorweisen. Den Behauptungen der Beschwerdeführerin zufolge verfügen beide auch über Ausbildungen und Erfahrungen im *Catering*, einem Tätigkeitsbereich, für den hierzulande keine beruflichen Regelungen existieren. Dienstleistungen eines Caterers können darin bestehen, dass vorproduzierte Speisen an einen bestimmten Ort geliefert werden, aber auch darin, dass – über die logistische Komponente hinaus – Speisenzubereitung und Service direkt beim Kunden angeboten werden. Der Aufgabenbereich, der gemäss Vorstellungen der Beschwerdeführerin von ihren beiden Bewerbern abgedeckt werden soll, umfasst alle diese Aspekte.

**9.2.2.** Dass B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ die entsprechenden Erwartungen ihrer Arbeitgeberin während des geleisteten Praktikums erfüllen konnten, ist nicht entscheidend. Einzelnen betrachtet würden ihre als *Catering* zusammengefassten Tätigkeiten keine Zulassung zum Arbeitsmarkt erlauben: Zum einen werden die an Spezialitätenköche gestellten Anforderungen nicht erfüllt; zum anderen erfordern die rein logistischen Aufgaben des Caterings keine spezielle Ausbildung, weshalb die insoweit vorhandenen Fähigkeiten der Bewerber für ihre Zulassung keine Rolle spielen (vgl. E. 9.2); was den mit der Speisenzubereitung einhergehenden Service angeht, ist schliesslich festzustellen, dass

diesbezüglich auf Arbeitnehmer aus dem Inland und dem EU-/EFTA-Raum zurückgegriffen werden kann. In den *Weisungen* des BFM gibt es daher auch keine Richtlinien, welche die Zulassung von Servicepersonal im Gastgewerbe betreffen.

**9.2.3.** Allenfalls könnten die beschriebenen Fähigkeiten in ihrer Gesamtheit als genügende Qualifikation im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AuG betrachtet werden. Die Beschwerdeführerin hat zusätzlich auf das organisatorische Talent ihrer beiden Bewerber hingewiesen und betont, dass diese dank ihrer Sprachkenntnisse und ihrer guten Allgemeinbildung besser auf die asiatischen Gäste und deren besondere Esstraditionen eingehen könnten. Im Mittelpunkt steht daher die Frage, ob gerade die zusätzlichen Kompetenzen, welche die Beschwerdeführerin B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ in Bezug auf die Gästebewirtung zuspricht, von Art. 23 Abs. 1 AuG erfasst werden.

Diese Kompetenzen, welche offensichtlich im Rahmen der Hotelfachausbildung erworben wurden, werden von der Beschwerdeführerin als unabdingbar für ihren als Catering bezeichneten Geschäftszweig dargestellt. Dies ist jedoch zu relativieren, zumal der Aspekt des Kochens bzw. der eigentlichen Essenszubereitung keine Berücksichtigung finden kann. Dass bei der Bewirtung und Bedienung von Gästen gewisse Umgangsformen zu wahren sind, ist unbestritten; Kommunikationsfähigkeiten spielen in diesem Dienstleistungsbereich nur eine untergeordnete Rolle, und es besteht somit kein echtes arbeitsmarktliches Bedürfnis, ausländische Arbeitskräfte mit hochstehender Ausbildung und/oder hervorragenden Fremdsprachenkenntnissen einzustellen. Für gastgewerbliche Betriebe, deren Gäste vor allem Touristen oder Touristengruppen sind, gilt nichts anderes, da auch hier der Kontakt zwischen Servicepersonal und Gast nicht persönlich geprägt wird. Von der Beschwerdeführerin wird dieser Aspekt deutlich überbewertet.

**9.2.4.** Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Arbeitsstellen, welche die Beschwerdeführerin B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ angeboten hat, nicht auf deren eigentliche Qualifikationen zugeschnitten sind. Dabei kommt es nicht auf die persönliche Sichtweise an, sondern darauf, ob die von den Bewerbern angebotenen Leistungen einer tatsächlichen Nachfrage entsprechen, der nicht durch inländische oder Arbeitskräfte aus dem EU-/EFTA nachgekommen werden kann (vgl. E. 6.3.1). Eine solche Nachfrage besteht im vorliegenden Fall nicht. B.\_\_\_\_\_ und

C.\_\_\_\_\_ können aus diesem Grund nicht als *andere qualifizierte Arbeitskräfte* im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AuG betrachtet werden.

#### 10.

Gemäss Art. 23 Abs. 3 Bst. c AuG können, in Abweichung von den Absätzen 1 und 2 – letzterer ist hier nicht relevant – ausländische Personen mit besonderen beruflichen Kenntnissen oder Fähigkeiten zum Arbeitsmarkt zugelassen werden, sofern für deren Zulassung ein Bedarf ausgewiesen ist. Es ist unklar, wie solche – weniger qualifizierten – Personen von den qualifizierten Arbeitskräften abgegrenzt werden können (vgl. LISA OTT, a.a.O. Art. 23 N 22). Für sie hat der Gesetzgeber beispielhaft Tätigkeiten in einem Zirkus, die Reinigung und den Unterhalt von Spezialanlagen oder den Tunnelbau genannt; er hat dabei ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich um Tätigkeiten handeln muss, die durch Arbeitskräfte in der Schweiz sowie aus dem EU- und dem EFTA-Raum nicht oder nur ungenügend abgedeckt werden können (vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG] BBl 2002 3709 ff. S. 3783). Letztere Voraussetzung wird, wie bereits dargelegt, im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Ein Zulassung zum schweizerischen Arbeitsmarkt kommt daher für B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ auch nicht aufgrund von Art. 23 Abs. 3 Bst. c AuG in Betracht.

#### 11.

Ausnahmen von den Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 23 Abs. 1 und 2 AuG sind auch möglich für das Kaderpersonal von international tätigen Unternehmen (Art. 23 Abs. 3 Bst. d AuG) sowie für Personen, deren Tätigkeit in der Schweiz im Rahmen von wirtschaftlich bedeutenden internationalen Geschäftsbeziehungen unerlässlich ist (Art. 23 Abs. 3 Bst. e AuG). Zu beiden Personengruppen gehören B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ zweifelsohne nicht. Es ist in diesem Zusammenhang ohne Belang, dass die Beschwerdeführerin auf die Zusammenarbeit ihres Betriebs mit Unternehmen der Touristikbranche hingewiesen hat.

#### 12.

Aus alledem ergibt sich, dass die beiden Bewerber der Beschwerdeführerin die Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 23 AuG nicht erfüllen. Die angefochtenen Verfügungen sind somit zu Recht ergangen (vgl. Art. 49 VwVG). Dementsprechend sind die Beschwerden abzuweisen.

**13.**

Angesichts dieses Verfahrensausgangs sind der Beschwerdeführerin die Kosten aufzuerlegen (vgl. 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 nächste Seite

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerdeverfahren C-388/2010 und C-391/2010 werden vereinigt.

**2.**

Die Beschwerden werden abgewiesen.

**3.**

Die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 2'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit den geleisteten Kostenvorschüssen von je Fr. 1'000.- verrechnet.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (...)
- das Amt für Migration des Kantons Luzern

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Ruth Beutler

Barbara Giemsa-Haake

Versand: