



Abteilung III
C-4873/2011

Urteil vom 13. August 2013

Besetzung

Richterin Ruth Beutler (Vorsitz),
Richterin Elena Avenati-Carpani,
Richterin Marianne Teuscher,
Gerichtsschreiber Kilian Meyer.

Parteien

I._____, c/o C._____, Restaurant,
vertreten durch Fürsprecher Erich Eicher,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid.

Sachverhalt:**A.**

K._____ (geb. 1973) ist chinesischer Staatsangehöriger und von Beruf Koch. Im Juni 2008 stimmte das Bundesamt für Migration (BFM, Vorinstanz) dem Vorentscheid der Arbeitsmarktkbehörde des Kantons Bern vom 29. Mai 2008 über die Bewilligung einer Erwerbstätigkeit als Spezialitätentkoch im C._____ Restaurant in X._____ zu. Diese Zustimmung wurde für die Dauer von 12 Monaten erteilt, wobei die Bewilligung durch die kantonale Arbeitsmarktkbehörde auf max. 24 Monate verlängert werden könne. In der Begründung der Verfügung wurde darauf hingewiesen, dass eine Umwandlung in eine Jahresaufenthaltsbewilligung ausgeschlossen sei (vgl. Akten des Bundesamtes für Migration [BFM act.] 234 f. sowie 321 f.). In der Folge trat K._____ am 1. Juli 2008 seine Stelle im C._____ Restaurant an (vgl. BFM act. 236).

B.

Mit Schreiben vom 20. Mai 2010 ersuchte K._____ um Umwandlung der Kurzaufenthalts- in eine Aufenthaltsbewilligung (BFM act. 201). Das BFM verweigerte am 6. September 2010 die Zustimmung zum Vorentscheid der kantonalen Arbeitsmarktkbehörde (vgl. BFM act. 228 ff.). Dessen ungeachtet verblieb K._____ in der Schweiz und arbeitete weiterhin als Koch im C._____ Restaurant in X._____ (vgl. Akten des Migrationsdienstes des Kantons Bern [BE act.] 152).

C.

Die Beschwerdeführerin stellte am 15. April 2011 ein « Gesuch zur Erteilung eines Stellenantritts für lange Dauer und Erteilung einer entsprechenden Aufenthaltsbewilligung » für K._____ (vgl. BFM act. 51 ff.). Die kantonale Arbeitsmarktkbehörde stimmte diesem Gesuch mit Vorentscheid vom 18. Mai 2011 zu (vgl. BFM act. 91). Das BFM verweigerte mit Verfügung vom 26. Juli 2011 die Zustimmung zur Bewilligung der Erwerbstätigkeit. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Voraussetzungen gemäss Art. 21 ff. des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) seien nicht erfüllt. Der Arbeitsvertrag mit K._____ sei bereits Mitte April 2011 unterzeichnet worden. Es werde nicht nachgewiesen, dass genügend lange und in zweckmässiger Weise nach einer geeigneten inländischen bzw. EU/EFTA-Arbeitskraft gesucht worden sei. Bewilligungen für Spezialitätentköche könnten gemäss den Weisungen des BFM nur an Betriebe erteilt werden, die mindestens über 500 Stellenprozent verfügen; diese Voraussetzung sei – wie auch das Kriterium

der gesunden Bilanz und Erfolgsrechnung – nicht erfüllt. Zudem sei bei der Erteilung der Kurzaufenthaltsbewilligung im Juni 2008 die Umwandlung in eine Aufenthaltsbewilligung ausgeschlossen worden, womit sich sowohl die Arbeitgeberin als auch der Arbeitnehmer einverstanden erklärt hätten. Die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach Art. 33 AuG und Art. 20 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) sei daher nicht möglich.

D.

Mit Beschwerde vom 5. September 2011 lässt die Beschwerdeführerin beantragen, es sei festzustellen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Bewilligungserteilung erfüllt seien, und es sei die Bewilligung zur Erwerbstätigkeit und zum Aufenthalt zu erteilen. Zur Begründung wird vorgebracht, es sei bereits ab dem Jahr 2008 versucht worden, geeignetes Personal zu rekrutieren, allerdings nicht nur via Medien, sondern vor allem auch mittels Mund-zu-Mund-Suche, die bei Spezialisten eine effiziente und anerkannte Rekrutierungsmethode sei. Zudem habe das BFM die Internetsuche nicht adäquat gewürdigt. Sodann hätten sie mehrmals in den offiziellen Printmedien der Branche inseriert. Mehr hätten sie nicht tun können. Sie erhielten immer noch Anfragen von Stellensuchenden, die jedoch ihren Anforderungen nicht genügten. Die betrieblichen Kriterien seien erfüllt. Gemäss Personalspiegel arbeiteten fünf Personen zu je 100% im Restaurant; K._____ käme zusätzlich dazu. Bilanz und Erfolgsrechnung des Betriebs seien gesund. Das Restaurant beschäftige genügend Personal und die Löhne entsprächen dem Gesamtarbeitsvertrag. Sodann berücksichtige das BFM nicht, dass der Koch auch Ertragsbringer sei und den Umsatz steigere. Die aktuellen Betriebszahlen zeigten eine Steigerung im Jahr 2011. Die Anstellung des Spezialitätenkochs würde die Betriebszahlen noch verbessern und ermöglichen, das Restaurant an jedem Wochentag zu öffnen. Zusammengefasst bestehe für das Restaurant ein gesamtwirtschaftliches Interesse, seien die Bestimmungen zum Vorrang erfüllt, die Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten und die persönlichen Voraussetzungen gemäss Art. 23 AuG gegeben.

E.

Das BFM beantragt mit Vernehmlassung vom 31. Oktober 2011 die Abweisung der Beschwerde. Die Bestimmungen über den Vorrang seien nicht eingehalten und die betrieblichen Voraussetzungen nicht erfüllt. Es sei nicht genügend intensiv nach einer geeigneten Arbeitskraft im Inland oder in den EU/EFTA-Staaten gesucht worden. Sodann seien gemäss den eingereichten Unterlagen im Restaurant lediglich vier Personen zu

100% angestellt; dabei handle es sich um den Geschäftsinhaber, dessen Ehefrau sowie um zwei Hotelfachschul-Praktikanten. Auch unter Berücksichtigung der zusätzlichen Mitarbeiterin betrage der Etat maximal 300 Stellenprozente, da Praktikanten nicht berücksichtigt würden. Zudem könne aufgrund widersprüchlicher Angaben zur Personalsituation und unpräziser Informationen betreffend Lohn der Beschäftigten und Takeaway-Anteil nicht beurteilt werden, ob das Restaurant die weiteren betrieblichen Voraussetzungen erfülle. Würden die erforderliche Anzahl Personen mit branchenüblichen Salären beschäftigt, wäre das Betriebsergebnis negativ. Durch die Anstellung eines Spezialitätenkochs würden zusätzliche Personalkosten entstehen. Es könne nicht von einer gesunden Bilanz und Erfolgsrechnung ausgegangen werden.

F.

Die Beschwerdeführerin liess sich mit Replik vom 1. Dezember 2011 vernehmen und hielt fest, das BFM habe in der angefochtenen Verfügung anerkannt, dass sie vier bis sechs Wochen über das Internet und die Printmedien einen Koch gesucht habe. Die Vernehmlassung äussere sich nicht zu den früheren Suchbemühungen, die bereits 2008 begonnen hätten. Seit dann sei versucht worden, geeignetes Personal zu rekrutieren, mittels aller Medien und Möglichkeiten. Bezüglich der Stellenprozente seien die gemachten Angaben allesamt mit Arbeitsverträgen belegt. Die Angaben zur Personalsituation seien eindeutig. Es werde nach der Variante 1 gearbeitet, d.h. mit 500%. Die Lohnangaben seien präzise und belegt. Die Geschäftsinhaber hätten das finanzielle Risiko, ihr Gehalt ergebe sich aus der Geschäftstätigkeit. Die Voraussetzung des branchenüblichen Gehalts sei unrealistisch. Zudem gehe das BFM von falschen Gehaltszahlen aus. Bilanz und Erfolgsrechnung des Restaurants seien gesund und die Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung erfüllt.

G.

Der kantonale Migrationsdienst teilte K._____ mit Schreiben vom 22. August 2011 mit, dass er die Schweiz bei Ablauf der Kurzaufenthaltsbewilligung am 19. Juli 2010 hätte verlassen müssen und den Ausgang des Verfahrens betreffend den arbeitsmarktlichen Vorentscheid im Ausland abzuwarten habe (vgl. BE act. 30 f.). Am 12. Oktober 2011 erliess der Migrationsdienst diesbezüglich eine anfechtbare Verfügung. Der Migrationsdienst wies K._____ aus der Schweiz weg und setzte ihm eine Ausreisefrist bis am 15. November 2011 (vgl. BE act. 38 ff.). K._____ reiste jedoch nicht fristgemäss aus, sondern blieb in X._____ wohnhaft und arbeitete weiterhin als Koch im C._____ Re-

staurant. Am 13. November 2012 wurde er an seinem Arbeitsplatz angehalten und wegen Widerhandlungen gegen das AuG festgenommen (vgl. BE act. 119 f.). Der Migrationsdienst ordnete mit Haftanordnung vom 14. November 2012 an, K. _____ sei in Ausschaffungshaft zu versetzen und in seinen Heimatstaat zurückzuführen (vgl. BE act. 125 ff.). Das BFM erliess mit Verfügung vom 15. November 2012 gegen K. _____ ein dreijähriges Einreiseverbot (vgl. BE act. 142 ff.). Am 17. November 2012 wurde er nach Peking ausgeschafft (vgl. BE act. 137 ff. u. 151).

H.

Die Staatsanwaltschaft des Kantons Bern bestrafte K. _____ mit Strafbefehl vom 18. Januar 2013 wegen rechtswidrigen Aufenthalts und Ausübung einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit (Art. 115 Abs. 1 Bst. b und Bst. c AuG) mit einer bedingten Geldstrafe von 120 Tagessätzen und einer Verbindungsbusse von Fr. 3'000.– (vgl. BE act. 152 f.). Im Anzeigerapport der Kantonspolizei Bern vom 18. Dezember 2012 wurde zudem festgehalten, dass die Beschwerdeführerin zu einem späteren Zeitpunkt separat angezeigt werde (vgl. BE act. 149). Die Staatsanwaltschaft des Kantons Bern führt gemäss deren Schreiben vom 12. Juni 2013 derzeit ein Strafverfahren gegen die Beschwerdeführerin wegen Beschäftigung eines Ausländers ohne Bewilligung (vgl. Art. 117 Abs. 1 AuG).

I.

Das Bundesverwaltungsgericht gewährte der Beschwerdeführerin mit Zwischenverfügung vom 22. Mai 2013 Gelegenheit, den Sachverhalt zu aktualisieren und sich zur Frage zu äussern, inwiefern sie nach wie vor ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung bzw. Änderung der angefochtenen Verfügung habe. Die Beschwerdeführerin liess sich am 21. Juni 2013 vernehmen und hielt fest, dass sich die gestellten Begehren auf den Arbeitsmarkt und den Aufenthalt bezögen. Die ausländerrechtliche Behandlung von K. _____ müsse vor dem Hintergrund beurteilt werden, dass dieser immer offen gearbeitet und sich in der Gemeinde X. _____ aufgehalten habe, wo er – mit dem Vermerk betreffend die hängige Beschwerde – gemeldet gewesen sei. Sie habe gegen den Strafbefehl Einsprache erhoben und sei als schuld- und straffrei zu betrachten. Die Behörden hätten nichts von der Beschwerde gewusst und der Migrationsdienst habe widersprüchlich gehandelt. Sie habe als Geschäftsführerin eines belebten Chinarestaurants in X. _____ ein grosses Interesse an den gestellten Begehren. K. _____ sei als ausgebildeter und fähiger Koch zwingend für den Erfolg der Unternehmung. Der strittige Nachteil bestehe noch und ein Urteil könne ihn aufheben. Die Beschwerde betreffe

« die Zustimmung des Arbeitsmarktes und das Ausländerrecht ». Diese Bereiche müssten gemeinsam betrachtet werden. Gegen die Vermutung des Gerichts, dass die kantonale Behörde K. _____ auch im Falle einer Gutheissung dieser Beschwerde keine Aufenthaltsbewilligung mehr erteilen würde, werde entschieden Stellung genommen. Eine Gutheissung der Beschwerde wäre ein erster Schritt für die Aufhebung des Einreiseverbots und würde es ihr erlauben, ihre Unternehmung adäquat zu planen.

J.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien wird, soweit erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanz gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Dazu gehört auch das BFM, welches mit der Verweigerung der Zustimmung zum kantonalen arbeitsmarktlichen Vorentscheid eine Verfügung im erwähnten Sinne und daher ein zulässiges Anfechtungsobjekt erlassen hat. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor.

1.2 Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.

1.3 Gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. a - c VwVG ist zur Beschwerde legitimiert, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Als Verfügungsadressatin erfüllt die Beschwerdeführerin die beiden ersten Kriterien. Ein schutzwürdiges Interesse gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG setzt jedoch grundsätzlich voraus, dass auch im Zeitpunkt der Urteilsfällung ein aktuelles und praktisches Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung vorliegt (vgl. BVGE 2009/31 E. 3.1 mit Hinweisen). Das Gericht hat die Beschwerdeführerin bereits mit Zwischenverfügung vom 22. Mai 2013 darauf hinge-

wiesen, dass die kantonale Behörde K. _____ mit hoher Wahrscheinlichkeit – ungeachtet des Ausgangs des vorliegenden Verfahrens – keine Aufenthaltsbewilligung mehr erteilen wird. Die diesbezüglich vorgebrachten Einwände überzeugen nicht. So trifft es zwar zu, dass die Beschwerdeführerin beantragt, es sei « die Bewilligung zur Erwerbstätigkeit und zum Aufenthalt » zu erteilen. Das vorliegende Verfahren betrifft indes einzig die Frage, ob das BFM die Zustimmung zum Vorentscheid der kantonalen Arbeitsmarktbehörde zu Recht verweigerte (s. hinten, E. 4). Insoweit die gestellten Begehren in der angefochtenen Verfügung nicht geregelte Fragen betreffen, überschreiten sie den Streitgegenstand und sind daher unzulässig (vgl. BGE 131 II 200 E. 3.2). Der kantonale Migrationsdienst kann die Bewilligung zum Aufenthalt auch im Falle einer Gutheissung dieser Beschwerde aus anderen als wirtschaftlichen oder arbeitsmarktlichen Gründen verweigern (vgl. Art. 3 Abs. 4 der Einführungsverordnung des Regierungsrates des Kantons Bern vom 14. Oktober 2009 zum Ausländer- und Asylgesetz [BSG 122.201]). Dies erscheint hier angesichts der dargelegten Ereignisse (vgl. Sachverhalt Bst. G u. Bst. H) wie dargetan als sehr wahrscheinlich. Freilich fällt dieser Entscheid in die Kompetenz der kantonalen Behörden, deren Entscheidung nicht mit hinreichender Sicherheit feststeht und an dieser Stelle nicht vorwegzunehmen ist. Es ist deshalb von einem schutzwürdigen Interesse der Beschwerdeführerin an der Behandlung der Beschwerde auszugehen. Demnach ist auf die frist- und formgerechte Beschwerde einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG), soweit sich diese auf die Verweigerung der Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid bezieht.

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Angelegenheit endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

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 – falls nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet 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 2011/43 E. 6.1 sowie BVGE 2011/1 E. 2).

3.

Als chinesischer Staatsangehöriger untersteht K. _____ weder dem Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) noch dem Abkommen zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation vom 21. Juni 2001 (EFTA-Übereinkommen, SR 0.632.31). Seine Zulassung zum schweizerischen Arbeitsmarkt als sogenannter Drittstaatsangehöriger richtet sich deshalb nach dem Ausländergesetz (vgl. Art. 2 AuG) und dessen Ausführungsverordnungen (insb. der VZAE).

4.

4.1 Vor der Erteilung einer Aufenthalts- oder Kurzaufenthaltsbewilligung zur Erwerbstätigkeit hat die kantonale Behörde in Form eines arbeitsmarktlichen Vorentscheides über das Vorliegen der Voraussetzungen zur Ausübung einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit nach Art. 18 bis 25 AuG zu befinden (Art. 83 Abs. 1 Bst. a VZAE). Dieser Vorentscheid ist dem BFM zur Zustimmung zu unterbreiten (Art. 85 Abs. 2 VZAE). Sind die Zulassungsvoraussetzungen nicht erfüllt, wird die Zustimmung verweigert (Art. 86 Abs. 2 Bst. a VZAE). Der Entscheid des BFM ergeht in Ausübung einer originären Sachentscheidungskompetenz des Bundes ohne Bindung an die Beurteilung durch die kantonale Behörde (vgl. BGE 127 II 49 E. 3a; BVGE 2011/1 E. 5.2 je mit Hinweisen).

4.2 Gemäss Art. 18 AuG setzt die Zulassung zur unselbständigen Erwerbstätigkeit voraus, dass diese dem gesamtwirtschaftlichen Interesse entspricht (Bst. a), das Gesuch eines Arbeitgebers vorliegt (Bst. b) und die Voraussetzungen nach Art. 20 bis 25 AuG erfüllt sind (Bst. c). Dazu gehören die Begrenzungsmassnahmen (Art. 20 AuG), die Respektierung des Vorrangs bestimmter Arbeitnehmerkategorien (Art. 21 AuG), die Einhaltung der üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen (Art. 22 AuG), das Vorliegen bestimmter persönlicher Voraussetzungen bei der ausländischen Person, um deren Zulassung es geht (Art. 23 AuG), die Existenz einer bedarfsgerechten Wohnung (Art. 24 AuG) sowie besondere Regeln für Grenzgänger (Art. 25 AuG).

4.3 Art. 21 AuG regelt den Vorrang von inländischen Arbeitskräften und solchen aus dem EU/EFTA-Raum. Nach dessen Abs. 1 können Drittstaatsangehörige zum schweizerischen Arbeitsmarkt nur dann zugelassen werden, wenn nachgewiesen wird, dass keine dafür geeigneten Erwerbstätigen aus der Schweiz oder einem EU/EFTA-Staat, mit welchem ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde, gefunden werden können. Eine Anstellung ist ferner nur möglich, wenn die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden (Art. 22 AuG). Aufenthaltsbewilligungen an Drittstaatsangehörige können sodann nur Führungskräften, Spezialisten und anderen qualifizierten Arbeitskräften erteilt werden (Art. 23 Abs. 1 AuG). Zusätzlich müssen die berufliche Qualifikation, die berufliche und soziale Anpassungsfähigkeit, die Sprachkenntnisse und das Alter eine nachhaltige Integration in den schweizerischen Arbeitsmarkt und das gesellschaftliche Umfeld erwarten lassen (Art. 23 Abs. 2 AuG). Dieses duale System zu Gunsten von Schweizerinnen und Schweizern sowie Angehörigen der EU/EFTA-Staaten wird lediglich in einigen Ausnahmefällen durchbrochen (vgl. Art. 23 Abs. 3 AuG; BVGE 2011/1 E. 5.5).

5.

5.1 Strittig und zu prüfen ist vorliegend, ob die Voraussetzungen von Art. 21 ff. AuG erfüllt sind. Deren Vorliegen kann nicht leichthin angenommen werden, soll die Absicht des Gesetzgebers verwirklicht werden, die Zuwanderung aus dem Nicht-EU/EFTA-Raum restriktiv zu gestalten, dem gesamtwirtschaftlichen Interesse unterzuordnen und an den übergeordneten integrations-, gesellschafts- und staatspolitischen Zielen zu orientieren. Weder sollen eine Strukturhaltung durch wenig qualifizierte Arbeitskräfte mit tiefen Löhnen gefördert, noch Partikularinteressen innerhalb der Wirtschaft geschützt werden. Die arbeitsmarktl-lich motivierte Zuwanderung soll auf die langfristige Integration der Zuwanderer ausgerichtet sein und zu einer ausgeglichenen Beschäftigung und einer Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur führen (vgl. BVGE 2011/1 E. 6.1; Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3724 ff.).

5.2 Die Vorinstanz begründet ihre ablehnende Haltung primär damit, dass die Beschwerdeführerin nicht genügend intensiv nach einer geeigneten inländischen Arbeitskraft gesucht habe (vgl. Art. 21 AuG). Zudem seien die betrieblichen Voraussetzungen nicht erfüllt. Zur Begründung wird auf die Weisungen des BFM im Ausländerbereich verwiesen (nf.: Weisungen BFM; online unter: www.bfm.admin.ch > Dokumentation > Rechtliche

Grundlagen > Weisungen und Kreisschreiben > I. Ausländerbereich > 4 Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit, Stand 1. Juli 2013). Das Bundesverwaltungsgericht ist zwar nicht an diese Weisungen gebunden. Es weicht jedoch nicht ohne stichhaltigen Grund von der auf die Weisungen gestützte Ermessensausübung der Vorinstanz ab, zumal die Weisungen einer rechtsgleichen Behandlung der Betroffenen dienen und eine dem Einzelfall angepasste Auslegung der anwendbaren Rechtsnormen zulassen. Zurückhaltung rechtfertigt sich vorliegend umso mehr, zumal die Weisungen unter Mitwirkung der interessierten Fachverbände verfasst wurden und deshalb die Vermutung eines sachgerechten Interessenausgleichs für sich beanspruchen können (vgl. BVGE 2011/1 E. 6.4 mit Hinweisen).

5.3 K._____ genießt keine Rekrutierungspriorität, weshalb seine Zulassung erst möglich wäre, wenn für die Vakanz bei der Beschwerdeführerin weder einheimische Erwerbstätige noch solche aus dem EU/EFTA-Raum rekrutiert werden könnten (s. vorne, E. 4.3). Das Prinzip des Vorranges nach Art. 21 AuG ist in jedem Fall und unabhängig von der Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage zu beachten. Hierbei muss die Arbeitgeberin belegen, dass sie trotz umfassender Suchbemühungen keine geeigneten Arbeitskräfte aus dem Inland oder einem EU/EFTA-Staat finden konnte. Sie hat den Nachweis zu erbringen, die Stelle vergeblich über die branchenüblichen Rekrutierungskanäle – z.B. durch Inserate in der Fach- und Tagespresse oder mittels elektronischer Medien – ausgeschrieben zu haben. Wichtige Instrumente stellen auch die öffentliche und private Arbeitsvermittlung dar. Verlangt werden inhaltlich zweckmässige und echte Bemühungen über einen angemessenen Zeitraum hinweg, die Stelle mit einer Person aus den Vorrang genießenden Gebieten zu besetzen. Eine Kontaktnahme mit Drittstaatsangehörigen sollte in der Regel erst erfolgen, nachdem solche Suchbemühungen tatsächlich erfolglos geblieben sind. Es reicht insbesondere nicht aus, wenn Suchbemühungen als blosse Erforderniserbringung erfolgen. Zudem dürfen Personen mit Vorrang nicht aufgrund fachlich nicht relevanter Kriterien ausgeschlossen werden (vgl. BVGE 2011/1 E. 6.3; Kapitel 4.3.2 Weisungen BFM).

5.4 Im vorliegenden Fall stellte das BFM der Beschwerdeführerin bereits im Juni 2008 in Aussicht, dass die Bewilligung eines Kurzaufenthalts als Spezialitätenkoch für K._____ durch die kantonale Arbeitsmarktbehörde auf max. 24 Monate verlängert werden könne, wobei eine Umwandlung in eine Aufenthaltsbewilligung ausgeschlossen sei (vgl. BFM act. 321 f.). Seit diesem Zeitpunkt musste die Beschwerdeführerin damit rechnen, auf den Sommer 2010 hin als Ersatz für K._____ eine geeignete Ar-

beitskraft aus dem Inland oder einem EU/EFTA-Staat finden zu müssen. Dennoch beantragte sie am 20. Mai 2010 eine Bewilligungsverlängerung und betonte dabei, man habe « seit März » vergeblich einen neuen Koch gesucht (vgl. BFM act. 146 f.). Das BFM verweigerte daraufhin erstmals die Zustimmung zum Vorentscheid der kantonalen Arbeitsmarktbeförderung mit Hinweis auf ungenügende Suchbemühungen (vgl. BFM act. 229 f.). Mit Gesuch vom 15. April 2011 beantragte die Beschwerdeführerin erneut die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für K._____ (vgl. BFM act. 2 ff.) und wies darauf hin, man habe wiederum versucht, einen anderen Spezialitätenkoch zu finden, bis jetzt jedoch ohne Erfolg. Belegt wurden jedoch lediglich Suchbemühungen ab März 2011 (vgl. BFM act. 52 ff.). Der Arbeitsvertrag mit K._____ wurde von der Arbeitgeberin bereits am 15. April 2011 unterzeichnet (vgl. BFM act. 25). Dass nachweisliche Suchbemühungen jeweils erst wenige Wochen erfolgten, bevor eine (erneute) Bewilligung für K._____ beantragt wurde, zeigt auf, dass nicht hinreichend ernsthaft versucht wurde, die Stelle mit einer qualifizierten Arbeitskraft aus einem den Vorrang genießenden Gebiet zu besetzen. Aus den Akten geht sodann hervor, dass K._____ nach Bewilligungsablauf im Juli 2010 weiterhin – bis zur Festnahme und Ausschaffung im November 2012 – im C._____ Restaurant arbeitete. Die Beschwerdeführerin hatte Gelegenheit, sich zum entsprechenden Strafbefehl (vgl. BE act. 152 f.) zu äussern, wies jedoch einzig auf eine Einsprache gegen den sie betreffenden Strafbefehl hin (vgl. Stellungnahme vom 21. Juni 2013, S. 2). Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Strafbefehl betreffend K._____ rechtskräftig geworden ist. Auch die weitere Erwerbstätigkeit von K._____ ab Sommer 2010 im Betrieb der Beschwerdeführerin lässt darauf schliessen, dass diese im Jahr 2011 vordringlich die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für K._____ anstrebte, wogegen die Suchbemühungen als blosser Erforderniserbringung erfolgten (vgl. Ziff. 4.3.2.2 Weisungen BFM) und folglich von der Vorinstanz zu Recht als ungenügend eingestuft wurden.

5.5 Der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach sie bereits ab dem Jahr 2008 « mittels aller Medien und Möglichkeiten » versucht habe, geeignetes Personal zu rekrutieren, und zwar insb. auch via Internet und Mund-zu-Mund-Suche, ist unbehelflich. Im Widerspruch zu dieser Behauptung steht namentlich die eigene Aussage der Beschwerdeführerin, welche anlässlich des im Mai 2010 gestellten Antrags auf Bewilligungsverlängerung darauf hinwies, dass sie seit März 2010 einen neuen Koch suche (vgl. BFM act. 142 f. sowie 146 f.). Selbst wenn aber die nun andere Sachdarstellung als glaubhaft eingestuft würde, änderte sich nichts

darán, dass vor Beantragung der Aufenthaltsbewilligung für K. _____ im Jahr 2011 zu einem deutlich früheren Zeitpunkt mit ernsthaften Suchbemühungen hätte begonnen werden müssen (insb. Meldung der Stellenausschreibung an öffentliche und private Arbeitsvermittlungen, Schaltung von Inseraten in der Fachpresse).

5.6 Zusammenfassend erweisen sich die aktenmässig erstellten Suchbemühungen insbesondere in zeitlicher Hinsicht als unzureichend. Die Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid scheitert somit bereits daran, dass die Beschwerdeführerin nicht nachzuweisen vermag, dass für die Stelle keine geeignete Arbeitskraft aus dem Inland oder einem EU/EFTA-Staat gefunden werden konnte. Das Prinzip des Vorrangs inländischer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Art. 21 AuG) wurde somit nicht beachtet. Bei dieser Sachlage braucht nicht weiter geprüft zu werden, ob der Betrieb die Voraussetzungen gemäss Art. 22 AuG und Ziff. 4.7.9.1.1 der Weisungen BFM erfüllt (vgl. diesbezüglich z.B. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-8717/2010 vom 8. Juli 2011 E. 7.4 und E. 8.2). Offen bleiben kann auch, ob K. _____ die persönlichen Voraussetzungen gemäss Art. 23 AuG erfüllt.

6.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt und den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig feststellt; sie ist auch angemessen (vgl. Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit auf die Begehren der Beschwerdeführerin einzutreten ist (s. vorne, E. 1.3)

7.

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die unterliegende Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten sind auf Fr. 1'200.– festzusetzen (vgl. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Dispositiv S. 13

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'200.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem am 20. September 2011 geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

3.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Akten retour)
- Migrationsdienst des Kantons Bern
- beco Berner Wirtschaft, Ausländische Erwerbstätige

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Ruth Beutler

Kilian Meyer

Versand: