



Urteil vom 18. Mai 2015

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Vorsitz),
Richterin Marianne Teuscher, Richterin Ruth Beutler,
Gerichtsschreiber Daniel Grimm.

Parteien

A._____ GmbH,
vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Biedermann,
Habegger Biedermann Rechtsanwälte,
Wiesenstrasse 1, Postfach 530, 4902 Langenthal,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Migration SEM,
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid in Bezug
auf **B._____**.

Sachverhalt:**A.**

Die A._____ GmbH (Beschwerdeführerin), ein im Gastronomiesektor tätiges Unternehmen, betreibt in der Schweiz mehrere Imbisslokale für türkische Spezialitäten. Mitte Juli 2014 stellte sie für das von ihr in Langenthal geführte "C._____" bei der kantonalen Arbeitsmarktbehörde (beco) ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an den türkischen Staatsangehörigen B._____ zwecks Beschäftigung als Spezialitätenkoch sowie Einsatzes an der Verkaufstheke.

B.

Die kantonale Arbeitsmarktbehörde erachtete die Voraussetzungen für die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung gemäss Art. 32 des Ausländergesetzes (AuG, SR 142.20) als erfüllt, fällte am 25. Juli 2014 einen positiven arbeitsmarktlichen Vorentscheid und unterbreitete dem Bundesamt für Migration (BFM; heute SEM) gleichentags einen Antrag auf Zustimmung.

Mit E-Mail-Nachricht vom 5. August 2014 forderte die Vorinstanz von der Gesuchstellerin über das beco zusätzliche Unterlagen (Belege für Suchbemühungen im Jahre 2014, Betriebsspiegel für alle der GmbH angeschlossenen Betriebe, Speisekarte). Am 25. August 2014 reichte die Arbeitgeberin die verlangten Unterlagen teilweise nach und erläuterte, warum 2014 keine Suchbemühungen mehr getätigt worden seien.

Am 4. September 2014 signalisierte die Vorinstanz gegenüber dem beco per E-Mail, der überwiesene Antrag auf Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung sei nicht zustimmungsfähig, da weder die Voraussetzungen von Art. 21 AuG noch die betrieblichen Voraussetzungen gemäss den Weisungen zum AuG erfüllt seien. Mit dieser formlosen Ablehnung bat die Vorinstanz zugleich um Mitteilung, ob die Gesuchstellerin ihr Begehren zurückziehe oder eine anfechtbare Verfügung wünsche.

Mit Eingabe vom 17. September 2014 gelangte die Gesuchstellerin, nunmehr vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Biedermann, an die kantonale Arbeitsmarktbehörde und ersuchte um ein Rückkommen auf den ablehnenden Entscheid des BFM oder andernfalls um den Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung.

C.

Mit Verfügung vom 26. September 2014 verweigerte die Vorinstanz die Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid vom 25. Juli 2014 über die

Bewilligung einer Erwerbstätigkeit. Unter Bezugnahme auf den gesetzlichen Vorrang von Art. 21 AuG führte sie aus, ein ernsthaftes Bemühen, die offene Stelle mit einer Arbeitskraft aus dem Inland oder aus EU/EFTA-Staaten zu besetzen, sei nicht nachgewiesen. Aktuellere und insbesondere fachspezifische Rekrutierungsanstrengungen fehlten und im Jahr 2014 sei überhaupt nicht mehr gesucht worden. Angesichts der grossen türkischstämmigen Bevölkerung in der Schweiz und anderen westeuropäischen Ländern sei davon auszugehen, dass die Vakanz mit einer vorrangsberechtigten Arbeitskraft aus dem EU/EFTA-Raum besetzt werden könnte. Gemäss Ziffer 4.7.9 der Weisungen zum AuG könnten Spezialitätenköche sodann nur für Spezialitätenrestaurants zugelassen werden, die über mindestens 500 Stellenprozente (Lehrlinge und Hotelfachschulpraktikanten nicht mit eingerechnet) sowie eine gesunde Bilanz und Erfolgsrechnung verfügten. Ausserdem müssten die betreffenden Betriebe eine klare Ausrichtung aufweisen und sich durch eine hohe Qualität der Angebote und Dienstleistungen auszeichnen. Im Vergleich zur Restauranttätigkeit dürfe das Take-Away- oder Fast Food-Angebot nur einen sehr geringen Umsatzanteil betragen. "C._____" könne nicht als Spezialitätenbetrieb im Sinne der Weisungen bezeichnet werden. Wie sich dem Namen und der vorgelegten Speisekarte entnehmen lasse, werde vor allem Schnellverpflegung in Selbstbedienung und zu tiefen Preisen angeboten. B._____ werde gemäss Gesuchsbegründung zudem nicht als Spezialitätenkoch benötigt, sondern als Fachkraft, welche sowohl bei der Produktion der Speisen als auch beim Verkauf an der Theke aushelfen könne. Schliesslich liege der Anteil an Take-Away bei rund 30 Prozent und mache somit einen beträchtlichen Umsatzanteil aus, weshalb die betrieblichen Voraussetzungen für eine Bewilligungserteilung ebenfalls nicht gegeben seien.

D.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 24. Oktober 2014 beantragt die Beschwerdeführerin die Zustimmung zum positiven Vorentscheid der kantonalen Arbeitsmarktbehörde vom 25. Juli 2014. Im Wesentlichen lässt sie vorbringen, seit 2009 eine Stelle als Spezialitätenkoch ausgeschrieben zu haben. Nach fünfjähriger, erfolgloser Suche über sämtliche von der Behörde verlangten Kanäle habe sie anfangs 2014 in der Person von B._____ endlich einen geeigneten Fachmann gefunden. Ab diesem Zeitpunkt seien folglich keine Suchbemühungen mehr getätigt worden. Da sich die früheren Bewerber auf die Stelle entweder als fachlich ungeeignet oder unzuverlässig erwiesen hätten und es vorliegend nicht um die Herstellung von "Take-Away-Food", sondern das Zubereiten türkischer Spezialitäten gehe, würde sowohl den Voraussetzungen von Art. 21 AuG als auch denjenigen der

AuG-Weisungen Genüge getan. Bei der Beschwerdeführerin handle es sich um ein seit 1998 bestehendes Gastronomieunternehmen mit hervorragendem Ruf. Bei einem Verhältnis von 30 % Take-Away und 70 % Restaurant könne nicht von einer Schnellverpflegung in Selbstbedienung gesprochen werden. Die diesbezügliche Darstellung in der angefochtenen Verfügung zeuge von mangelndem Sachverstand. Auch werde B._____ gemäss Arbeitsvertrag als Spezialitätenkoch beschäftigt und nicht für die Produktion von Take-Away-Speisen und den Einsatz an der Theke. Das Speiseangebot weise eine hohe Qualität auf und die Behauptung des günstigen Preises verfange nicht. Im Übrigen sei es schlichtweg falsch zu behaupten, die Haupteinnahme der Beschwerdeführerin stamme aus dem Take-Away-Teil. Ohnehin spreche der Gesetzgeber nirgends von einem nur sehr geringen Take-Away-Anteil am Gesamtumsatz. Die vorinstanzlichen Weisungen könnten in diesem Punkt nicht mehr als eine Konkretisierung von Gesetz und Verordnung bezeichnet werden, vielmehr seien sie unangemessen und würden den gesetzgeberischen Willen verletzen.

E.

In ihrer Vernehmlassung vom 23. Dezember 2014 spricht sich die Vorinstanz – unter Erläuterung der bisher genannten Gründe – für die Abweisung der Beschwerde aus und ergänzt, das Bundesverwaltungsgericht habe die Anwendung der AuG-Weisungen mehrfach gestützt.

F.

Replikweise hält der Parteivertreter am 2. März 2015 am gestellten Antrag fest.

Die Replik war mit sechs Belegen für getätigte Suchbemühungen im Mai 2013 bzw. November/Dezember 2014 ergänzt.

G.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanz gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Dazu gehört auch das SEM, 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 Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 49 ff. VwVG).

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Angelegenheit endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG).

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 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 2014/1 E. 2 m.H.).

3.

Auf Beschwerdeebene regt der Rechtsvertreter im Sinne einer Beweisofferte eine Parteibefragung an. Über den entsprechenden Verfahrensantrag wurde bislang nicht befunden. Bei nicht anfechtbaren Entscheiden kann der Entscheid über Beweisanträge aber ohnehin im Endurteil erfolgen (vgl. WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, 2009, Art. 33 N. 36).

3.1 Im Verwaltungsverfahren gilt das Untersuchungsprinzip (Art. 12 ff. VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Die Behörden sorgen – unter Vorbehalt der Mitwirkungspflichten der Parteien – hierbei für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts (BGE 132 II 113 E. 3.2 S. 115). Das Verwaltungsrechtspflegeverfahren ist vom Grundsatz der Schriftlichkeit geprägt (MOSER ET AL., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.86 S. 183 m.H.) und ein Anspruch auf eine mündliche Anhörung besteht nicht (BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148). Sodann gilt in der Bundesverwaltungsrechtspflege der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP [SR 273]). Die Beweiswürdigung ist vor allem darin frei, dass sie nicht an bestimmte starre Beweisregeln gebunden ist, die dem Richter genau vorschreiben, wie ein gültiger Beweis zustande komme und welchen Beweiswert die einzelnen Beweismittel im Verhältnis zueinander haben (BGE 130 II 482 E. 3.2 S. 485 m.H.).

3.2 Von den Parteien angebotene Beweise sind abzunehmen, sofern diese geeignet sind, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen (Art. 33 VwVG). Kommt die Behörde indes zur Überzeugung, die Akten erlaubten die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder die behauptete Tatsache sei für die Entscheidung der Streitsache nicht von Bedeutung, kann sie auf die Erhebung weiterer Beweise verzichten, ohne durch diese antizipierte Beweiswürdigung den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV zu verletzen (vgl. zum Ganzen BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236 m.H. oder Urteile des Bundesgerichts 1C_179/2014 vom 2. September 2014 E. 3.2 und 1C_193/2010 vom 4. November 2010 E. 2.8).

3.3 Im vorliegenden Fall erschliesst sich der entscheidungswesentliche Sachverhalt in hinreichender Weise aus den Akten. Was die Befragung der Beschwerdeführerin anbelangt, so erhielt diese vor Erlass der angefochtenen Verfügung und während des Rechtsmittelverfahrens verschiedentlich Gelegenheit, sich zu den relevanten Tatsachen schriftlich zu äussern. Wesentlich neue Erkenntnisse wären bei einem Parteiverhör nicht zu erwarten.

4.

Als türkischer Staatsangehöriger untersteht B. _____ weder dem Freizügigkeitsabkommen (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 Arbeitsmarkt als sog. Drittstaatsangehöriger richtet

sich demzufolge nach dem Ausländergesetz (Art. 2 AuG) und dessen Ausführungsverordnungen, insb. der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201).

5.

5.1 Streitgegenstand ist die Verweigerung der Zustimmung zum kantonalen arbeitsmarktlichen Vorentscheid betreffend eine Kurzaufenthaltsbewilligung (Art. 32 AuG). Arbeitsmarktlich gelten grundsätzlich dieselben Voraussetzungen wie bei der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung: Vor der Erteilung der Bewilligung 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 SEM 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 SEM ergeht in Ausübung einer originären Sachentscheidungskompetenz des Bundes ohne Bindung an die Beurteilung durch die kantonale Behörde (vgl. BGE 127 II 49 E. 3a oder BVGE 2011/1 E. 5.2 je m.H.).

5.2 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). Die genannten Kriterien (gesamtwirtschaftliches Interesse, Vorliegen eines Gesuches eines Arbeitgebers und Voraussetzungen nach den Art. 20 – 25 AuG) müssen kumulativ erfüllt sein. Ist eine der Voraussetzungen nicht erfüllt, kann dem Gesuch nicht zugestimmt werden.

5.3 Art. 21 AuG regelt den Vorrang von inländischen Arbeitskräften und solchen aus dem EU/EFTA-Raum. Drittstaatsangehörige können zum schweizerischen Arbeitsmarkt nur zugelassen werden, wenn nachgewiesen wird, dass keine 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), falls eine nachhaltige Integration in den Arbeitsmarkt und das gesellschaftliche Umfeld zu erwarten ist (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).

6.

6.1 Das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 21 ff. AuG 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 gefördert noch Partikularinteressen geschützt werden. Die Zuwanderung soll auf die langfristige Integration ausgerichtet sein und zu einer ausgeglichenen Beschäftigung und einer Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur führen (BVGE 2011/1 E. 6.1 m.H.).

6.2 Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um ein Gastronomieunternehmen, dem ursprünglich sechs Firmen (worunter eine Immobiliengesellschaft) angegliedert waren. In eigener Führung betrieben werden heute noch die beiden türkischen Imbisslokale "D._____" in Emmenbrücke sowie "C._____" in Langenthal; zwei weitere Lokalitäten sind verpachtet und ein Betrieb wurde im Februar 2014 verkauft (vgl. act. 47 der vorinstanzlichen Akten [VI act.]). Mit der für B._____ vorgesehenen Stelle soll das Team in Langenthal erweitert werden. Der aus der Türkei stammende Wunschkandidat der Beschwerdeführerin weilt seit 2005 in Italien. Dort hat er laut Lebenslauf als Koch und Pizzaiolo gearbeitet. Ausserdem soll er Erfahrung im Bereich "Verkauf – Verarbeitung von Lebensmitteln" mitbringen (VI act. 22).

6.3 Die Vorinstanz begründet ihren Entscheid u.a. mit den nicht erfüllten betrieblichen Voraussetzungen gemäss Ziffer 4.7.9.1 der entsprechenden Weisungen im Ausländerbereich (vgl. Weisungen SEM; im Internet: < www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/publiservice.html >, Stand: 13. Februar 2015). Das Gericht ist zwar nicht an diese Weisungen gebunden, weicht

aber 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, als 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 m.H).

6.4 Strittig ist wie eben angetönt, ob die Beschwerdeführerin die laut Weisungen des SEM an Spezialitätenrestaurants gestellten Anforderungen erfüllt bzw. ob es zulässig war, sie im konkreten Falle anzuwenden. Der Parteivertreter vertritt die Auffassung, "C._____" sei ein Gastronomiebetrieb mit hochwertigen türkischen Spezialitäten und werde den verlangten Kriterien gerecht. Ergänzend kritisiert er die vorinstanzlichen Weisungen als unangemessen, willkürlich und den gesetzgeberischen Willen verletzend.

6.4.1 Bei der Anstellung von Spezialitätenköchinnen und Spezialitätenköchen, deren Zulassung jeweils in Abweichung bzw. Konkretisierung von Art. 23 Abs. 1 und 2 AuG erfolgt, wird in Bezug auf die betrieblichen und persönlichen Voraussetzungen praxisgemäss auf Ziffer 4.7.9.1 der Weisungen abgestellt (vgl. etwa Urteile des BVGer C-388/391/2010 vom 21. Februar 2012 E. 8 oder C-8717/2010 vom 8. Juli 2011 E. 8.2). Mit Blick auf die hier vor allem interessierenden betrieblichen Voraussetzungen wird von Seiten des Arbeitgebers eine klare Ausrichtung und eine hohe Qualität der Angebote und Dienstleistungen verlangt. Das Spezialitätenrestaurant soll überwiegend fremdländische Speisen anbieten, deren Zubereitung und Präsentation besondere Kenntnisse erfordern, welche hierzulande nicht vermittelbar sind. Weiter muss der Betrieb einen Stellenetat von mindestens 500 Stellenprozenten aufweisen (ohne Anrechnung von Lehrlingen und Hotelfachschulpraktikanten), über mindestens 40 Innenplätze verfügen und sich durch eine gesunde Bilanz- und Erfolgsrechnung auszeichnen. Schliesslich darf das zusätzliche Take-Away- oder Fast-Food-Angebot nur einen sehr geringen Anteil am Gesamtumsatz ausmachen (Ziff. 4.7.9.1.1). Hinzu kommen an dieser Stelle nicht näher zu erörternde Minimalanforderungen hinsichtlich Suchbemühungen und Arbeitsbedingungen.

6.4.2 Nur schon die Auflistung dieser spezifischen Anforderungen erhellt, dass die von der Beschwerdeführerin in Langenthal geführte Lokalität sich

nicht als ein Spezialitätenrestaurant im Sinne der Weisungen charakterisieren lässt. Der Bezeichnung "C. _____" entsprechend, steht vielmehr die Schnellverpflegung im Vordergrund. Die Preisgestaltung und das Speisenangebot (siehe Speisekarte unter VI act. 48 u. 49) sprechen für sich. Dass ein volles Mittagsmenu nicht unbedingt weniger kostet als in einem Migros- oder Coop-Restaurant, tut nichts zur Sache, gelten jene doch ebenfalls nicht als Spezialitätenbetriebe. Vor allem aber macht der Take-Away-Anteil nicht unerhebliche 30 % des gesamten Umsatzes aus und bildet damit ein wichtiges Standbein des Imbisslokals. Bestätigt wird dies durch den auf der Speisekarte figurierenden Hinweis "Alle Gerichte und Getränke auch zum mitnehmen!" Obwohl keine gewöhnliche "Kebab-Bude" (in der Terminologie der Beschwerdeführerin), kann momentan jedenfalls nicht von einem klassischen Speiserestaurant mit gehobener fremdländischer Küche die Rede sein.

Damit einher geht, dass B. _____ nicht bloss als Koch tätig wäre. Gemäss Begründung des Beschäftigungsgesuches vom 10. Juli 2014 (VI act. 17 – 21) wird nämlich für die fragliche Vakanz eine Fachkraft benötigt, welche sowohl in der Produktion von Speisen als auch im Verkauf an der Theke aushelfen kann. In Bezug auf den Wunschkandidaten wird sogar betont, dass er kraft seiner Sprachkenntnisse auch an der Verkaufstheke eingesetzt werden könnte. In diesem Zusammenhang ist von der Wichtigkeit die Rede, die Mitarbeitenden abwechselnd an den Arbeitsstationen und der Verkaufstheke arbeiten lassen zu können, um Fliessbandarbeit und Monotonie zu verhindern (VI act. 19). Dementsprechend ausgestaltet war denn ein Teil der bisherigen Stellenausschreibungen (vgl. etwa VI act. 29). Nicht nur unter dem Blickwinkel des Grundkonzepts des Imbisslokals, sondern auch unter den dargelegten Aspekten des Stellenbeschreibs sowie der internen Arbeitsabläufe, besteht demnach kein Spielraum, um im Falle von "C. _____" von einem Spezialitätenrestaurant im Sinne der Weisungen auszugehen bzw. es unter diesen Begriff subsumieren zu können.

6.4.3 Der Rechtsvertreter stösst sich hauptsächlich am Erfordernis, dass das Take-Away- oder Fast-Food-Angebot bei Spezialitätenrestaurants nur einen sehr geringen Umsatzanteil ausmachen darf. In casu von diesem Kriterium abzuweichen, besteht kein Anlass. Der Sinn und Zweck der diesbezüglichen Weisungen besteht darin, Art. 23 AuG für den Bereich des Gastgewerbes zu konkretisieren, wobei es die Richtlinien im Kontext der übrigen Sektoren des Arbeitsmarktes zu erblicken und zu werten gilt. Wie in anderen Bereichen, sollen Ausnahmen von den üblichen Rekrutierungsprioritäten auch im Gastgewerbe primär hochqualifizierten Personen bzw.

eigentlichen Spezialisten vorbehalten bleiben. Dass der Umsatz im betreffenden Segment in erster Linie mit dem Speiserestaurant zu generieren sei, erweist sich deshalb als taugliches, mit dem gesetzgeberischen Willen in Einklang stehendes Beurteilungskriterium. Ebenso liegt es für solche Ausnahmetatbestände auf der Hand, ausschliesslich vollzeitlich ausgeübte, qualifizierte Tätigkeiten zuzulassen, was im Falle von B._____, der nicht bloss für die Essenszubereitung angestellt würde, nur teilweise zuträfe. Mit dem verlangten Umsatzanteil wird mithin zu verhindern versucht, dass die restriktiven Bestimmungen (siehe E. 5.3 weiter vorne) über Zusatzangebote wie Take-Away, Fast-Food oder Lieferservice mit nichtspezialisiertem Personal aus Drittstaaten umgangen werden. Gerade bei kleineren Betrieben besteht die Gefahr, dass Spezialitätenköchinnen und –köche ergänzend für Aufgaben eingesetzt werden, die von inländischen Arbeitskräften oder solchen aus dem EU/EFTA-Raum übernommen werden könnten. Zu einer faktischen Unmöglichkeit, einen auf türkische Speisen ausgebildeten Koch in einem Spezialitätenbetrieb dieser Ausrichtung zu rekrutieren, führen die entsprechenden Weisungen nach dem Gesagten indessen nicht. Vor diesem Hintergrund präsentiert sich besagtes, von der Vorinstanz herangezogenes betriebliches Erfordernis als nicht zu beanstandendes Zulassungskriterium, das auf Seiten der Beschwerdeführerin, wie eben dargetan, nicht erfüllt ist.

6.5 Eher beiläufig wird in der Replik zudem auf Art. 23 Abs. 2 AuG verwiesen. Gemeint ist wohl Art. 23 Abs. 3 Bst. c AuG, wonach Personen mit *besonderen beruflichen Kenntnissen oder Fähigkeiten* in Abweichung von Abs. 1 und Abs. 2 zugelassen werden können, sofern für deren Zulassung ein Bedarf ausgewiesen ist. Unter diese Bestimmung können auch nicht hoch qualifizierte Arbeitskräfte fallen, die aber über spezielle Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen und daher für einen bestimmten Einsatz unerlässlich sind (vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer in BBl 2002 3709 ff. S. 3783). Der Parteivertreter äusserte sich hierzu nicht konkreter. Sollten damit die in der Gesuchsbegründung vom 10. Juli 2014 erwähnten Sprachkenntnisse des Wunschkandidaten und dessen Zuverlässigkeit und Sozialkompetenz angesprochen sein, könnte dies alleine nicht genügen, um das Kriterium der besonderen beruflichen Kenntnisse oder Fähigkeiten als erfüllt einzustufen. Der Gesetzgeber hatte in diesem Zusammenhang nämlich andere Konstellationen vor Augen, beispielhaft genannt werden Tätigkeiten in einem Zirkus, im IT-Bereich, in der Pflege, in der Reinigung und im Unterhalt von Spezialanlagen sowie im Tunnelbau (vgl. LISA OTT, in: Handkommentar AuG, 2010, Art. 23 N. 22 m.H.). Eine Zulassung zum schweizerischen

Arbeitsmarkt kommt für B._____ daher auch nicht aufgrund von Art. 23 Abs. 3 Bst. c AuG in Betracht.

6.6 Abschliessend wirft der Rechtsvertreter der Vorinstanz widersprüchliches Verhalten vor. Sinngemäss wird damit die Rüge der Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots erhoben.

6.7 Ein Verstoss gegen das in Art. 8 BV verankerte Gebot der rechtsgleichen Behandlung liegt dann vor, wenn die Behörde bei vergleichbaren Sachverhalten das Recht ungleich anwendet und dafür keine sachlichen Gründe vorliegen (RAINER J. SCHWEIZER, in Ehrenzeller et al. [Hrsg.], BV Kommentar, 2. Aufl. 2008, N. 20 ff. zu Art. 8). Dies ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere dann der Fall, wenn Unterscheidungen nicht getroffen werden, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen oder wenn zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden (BGE 125 I 166 E. 2a, 125 II 326 E. 10b, je m.H.; BGE 129 I 1 E. 3). Das Prinzip der Rechtsgleichheit wirkt also 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 (MÜLLER/SCHERFER, Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl. 2008, S. 654).

Angesichts dessen kann hier keine Verletzung des Gleichheitsgebots vorliegen. Es steht ausser Frage, dass die drei angeführten Beispiele (chinesischer Staatsangehöriger als Skilehrer im Berner Oberland, asiatische Angestellte in Luzerner Uhrengeschäften, chinesische Therapeuten in Akupunkturpraxen) andere Branchen mit unterschiedlichen beruflichen Anforderungen betreffen. Ausserdem kamen die Weisungen im Gastgewerbe – wie erwähnt – unter Mitwirkung der betroffenen Fachverbände zu Stande (vgl. E. 6.3 in fine hiavor). Hieraus kann die Beschwerdeführerin nichts für ihren Bewerber ableiten. Weder aktenkundig noch sonst in einer Weise belegt ist schliesslich die ebenfalls replikweise vorgetragene Behauptung, der Verfügungsadressatin habe man vor 2010 regelmässig die Beschäftigung von Spezialitätenköchen bewilligt, weshalb sich weitere Ausführungen hierzu erübrigen.

6.8 Die Zustimmung zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid scheitert somit bereits daran, dass die betrieblichen Voraussetzungen gemäss Ziffer 4.7.9.1.1 der Weisungen nicht eingehalten sind. Bei dieser Sachlage mag

offen bleiben, ob die Anforderungen gemäss Art. 21 AuG (Vorrang) erfüllt sind.

7.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt und den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig feststellt; sie ist auch angemessen (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

8.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Dispositiv Seite 14

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie sind durch den am 2. Dezember 2014 in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.

3.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. ZEMIS [...] retour)
- den Migrationsdienst des Kantons Bern (in Kopie)
- beco Berner Wirtschaft, Laupenstrasse 22, 3011 Bern (in Kopie)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Antonio Imoberdorf

Daniel Grimm

Versand: